AKTIENRECHTLICHE FUSION

Dissertation

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Rudolf Pander
Referendar

Breslau 1930

DRUCK: SCHLESISCHE VOLKSZEITUNG, G. M. B. H., BRESLAU I

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter:
Professor **Dr. Schmidt-Rimpler**

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0148

§ 1.

Die Bezeichnung Fusion wird in doppeltem Sinne gebraucht. Einmal wird unter Fusion im wirtschaftlichen Sinne die Verschmelzung zweier oder mehrerer Unternehmen zu einem einzigen verstanden, wobei die rechtliche Organisationsform dieser Unternehmen unbeachtlich ist. Andererseits ist Fusion die im Gesetz nicht enthaltene technische Bezeichnung für einen ganz bestimmten rechtlichen Vorgang, nämlich die Verschmelzung zweier A. G. oder Kommanditgesellschaften auf Aktien untereinander oder gegenseitig.

Die gesetzliche Regelung dieses Vorganges ist aus den §§ 303 bis 306 HBG zu entnehmen. § 306 insbesondere hat die sogen. „echte" oder „eigentliche" Fusion zum Gegenstande.

Der Begriff der echten Fusion und einige aktuellen Probleme der echten Fusion, wie die Frage, ob auf Fusionsverträge der § 311 BGB oder auf Vorverträge der § 310 BGB anwendbar ist, oder die Frage, ob die Verwendung von Vorratsaktien bzw. Zahlung von Barbeträgen neben der Aktienhingabe zulässig ist, oder ob ein Nießbrauch bei der Fusion erlischt, oder auf die aufnehmende Gesellschaft übergeht, sollen Gegenstand dieser Untersuchung sein.

§ 2.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Fusion ist aus den verschiedensten Ursachen noch immer im Steigen begriffen.

Dabei hat sich jedoch das Wesen des wirtschaftlichen Vorganges Fusion mehr und mehr nach einer bestimmten Richtung hin verändert. Es ist aus diesem Grunde notwendig, vor der eigentlichen Untersuchung zu zeigen, was die Fusion eigentlich wirtschaftlich bedeutet, denn ohne der Untersuchung vorgreifen zu wollen, wird man sagen können, daß bei der starken Verbundenheit zwischen Wirtschaft und Recht wesentliche Veränderungen wirtschaftlicher Vorgänge auch einen Einfluß auf deren rechtliche Behandlung haben werden.[1] Diese Betrachtung soll sich in erster

[1] Vgl. die bekannte Entscheidung des RG. 99, 233 ff. und Ring-Schachian, Einl. V.

Linie auf die wirtschaftliche Eigenart der Fusion von A. G. beziehen und die wirtschaftliche Verschmelzung schlechthin sowie die Konzentrationsbewegung im allgemeinen nur im Zusammengang streifen.

Die Fusion ist eine Erscheinung der Konzentrationsbewegung der modernen Wirtschaft. Eine scharfe Definition und Begrenzung dessen, was unter Konzentration verstanden wird, ist bei den auseinandergehenden Ansichten der Volkswirtschaftler nicht möglich und auch nicht notwendig. Soviel kann jedenfalls gesagt werden, daß unter Konzentration die verschiedensten Erscheinungsformen von Zusammenfassung, Vereinigung, Verschmelzung von wirtschaftlichen Unternehmen verstanden werden. Die Konzentration ist eine Begleiterscheinung des modernen Kapitalismus, und zwar eine wesentliche, wie schon Louis Blanc[2] und Karl Marx gezeigt haben, deren Schlußfolgerungen man allerdings nicht beistimmen kann. Die Konzentration wird insbesondere begünstigt von der Unpersönlichkeit des Kapitals,[3] und es ist daher verständlich, daß sie sich am stärksten bei den höchstentwickelten Unternehmungsformen des Kapitalismus, nämlich unter den A. G. und G. m. b. H. ausgewirkt hat und noch weiter auswirkt.

Abgesehen von anderen Gesichtspunkten, nach denen die Konzentration eingeteilt wird, wie vertikale und horizontale Konzentration — welche Einteilung als allgemein bekannt angesehen wird — kann die Konzentration schließlich auch danach unterschieden werden, welche Stellung zueinander die dabei beteiligten Unternehmen haben. Beteiligt sein können bei einem Konzentrationsvorgang zwei und mehr als zwei Unternehmen. Mit Rücksicht auf den hier allein letzten Endes interessierenden Fall der Fusion kann von den Fällen der gleichzeitigen Vereinigung von mehr als zwei Unternehmen abgesehen werden.

Es ergeben sich zwei Möglichkeiten für das Verhältnis der sich verbindenden Unternehmen zueinander. Entweder nämlich sind beide Unternehmen bei dem Zusammenschluß gleich starke und gleichberechtigte Partner, oder das eine, und zwar in der Regel das aufnehmende Unternehmen ist der stärkere Teil. Es ist offensichtlich, daß diese beiden Fälle wesentlich verschieden sind und daß die Frage, ob ein Zusammenschluß auf der Basis der Gleichberechtigung erfolgt oder nicht, ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung des wirtschaftlichen Wesens jedes Zusammenschlusses ist.

---

[2] Organisation du Travail, zuerst 1839.
[3] Sombart, Der moderne Kapitalismus.

Während nämlich im letzteren Falle, der subordinierende Fusion genannt werden soll, die Verschmelzung nur die Form ist, in der das stärkere Unternehmen das schwächere sich angliedert, in Wirklichkeit also nur die Vergrößerung des Umfanges des aufnehmenden Unternehmens erfolgt und seine innere Struktur, seine Organisation unberührt bleibt, da es ja allein führt, der Organismus des aufgenommenen Unternehmens dagegen ohne eine Wirkung zu hinterlassen verschwindet, es sich also um keine Verschmelzung, sondern um eine Aufsaugung handelt, liegt im ersteren Falle der koordinierenden Fusion ein Zusammenschluß im wahren Sinne des Wortes vor. Denn bei der koordinierenden Fusion wird nicht das eine Unternehmen vergrößert, während das andere verschwindet, sondern es findet die Bildung eines neuen Unternehmens statt, das die Züge und Eigenart beider Unternehmen, aus denen es hervorgegangen ist, trägt und das deren Synthese darstellt.

Beide Formen der Konzentration bedürfen einer näheren Untersuchung. Daß auch die subordinierende Fusion zur Konzentration gehört, daran kann kein Zweifel sein, denn Konzentration an sich bedeutet nur die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen, gleichgültig, auf welchem Wege sie erfolgt und in welchem Verhältnis die Unternehmen dabei stehen. Ebenso kann bedenkenlos gesagt werden, daß die Unterscheidung nach Subordination und Koordination nicht nur für die Fusion, sondern für die Konzentration schlechthin zutrifft, weshalb im folgenden öfters nur von der Konzentration als solcher die Rede sein wird.

Die subordinierende Form der Konzentration vollzieht sich in der Regel in der Weise, daß entweder das stärkere Unternehmen bereits einen derartigen Einfluß auf das schwächere erlangt hat, z. B. durch Beteiligung, daß es dieses zum Zusammenschluß bringt, oder daß das aufzunehmende Unternehmen durch die wirtschaftliche Entwicklung bzw. dahingehende Maßnahmen des aufzunehmenden Unternehmens in eine solche Lage versetzt worden ist, daß es sich dem stärkeren Unternehmen anschließen muß. Dazu kommt dann noch in den meisten Fällen ein Mißverhältnis in der Größenanordnung dergestalt, daß das beim Zusammenschluß führende Unternehmen an Kapitalmacht um ein Vielfaches stärker ist als das schwächere Unternehmen. Wenn das letztere nicht der Fall ist, d. h. keine erheblichen Unterschiede in der Höhe des nominellen Aktienkapitals bestehen, so bestehen solche in der Bewertung der Aktien beim Umtausch, was zu demselben Ergebnis führt.

Ohne den Unterschied zwischen subordinierenden und koordi-

nierenden Zusammenschlüssen zu bemerken,[4] hat man bisher bei der Betrachtung der Konzentration und Fusion die subordinierende als Regel angesehen.[5] Ein Beispiel dafür ist die Ansicht von Wustandt:[6] „Die Verschmelzung charakterisiert sich hervorstechend dadurch, daß das aufgenommene Unternehmen seine bisherige Selbständigkeit vollständig verliert und damit die persönlichen Interessen, die mit einem solchen Unternehmen verbunden waren, auf das schwerste getroffen werden." „Meistens vollzieht sich eine Verschmelzung dann, wenn ein Unternehmen eine ziemlich herrschende Stellung innerhalb des Fabrikationszweiges bereits erlangt hat und das schwächere Unternehmen in sich aufnimmt. Unter Umständen treten auch Zwangsverschmelzungen auf, in denen das stärkere Unternehmen sich die Dreiviertelmehrheit des Aktienkapitals des schwächeren Unternehmens verschafft und so die Verschmelzung durch Beschluß der Generalversammlung herbeiführen kann."

Daß dieser Artunterschied der Konzentration und Fusion nicht beachtet wurde, hängt damit zusammen, daß die Konzentrationsbewegung bis vor nicht allzulanger Zeit vorherrschend den geschilderten Charakter hatte. In diesem, von Sombart[7] so genannten Zeitalter des Hochkapitalismus war die Wirtschaft noch streng individualistisch eingestellt. Das einzelne Unternehmen, die einzelne Unternehmerpersönlichkeit regierte und entwickelte sich. Wenn es zu einem Zusammenschluß kam, so war das für das eine Unternehmen das Ende und für das andere nur eine Erweiterung oder Vergrößerung des Umfanges, ohne daß das aufgenommene Unternehmen einen Einfluß auf Wesen und Organisation ausübte.

Aber auch schon zu diesen Zeiten gab es andersgeartete Zusammenschlüsse, bei denen der Zwang zum Zusammenschluß bei beiden Unternehmen gleich groß oder gering war, bei denen sich gleichwertige wirtschaftlich gleich starke und gleich kapitalkräftige Unternehmen zusammenfanden. Die Gründe zu dieser Erscheinung, die mehr und mehr in den Vordergrund tritt, wobei etwa das

---

[4] Lediglich die schweizerische Rechtslehre hat diese Unterscheidung, allerdings nicht so ausgeprägt und nicht im allgemeinen wirtschaftlichen Sinne, gemacht. Sie spricht dabei von Annexion und Kombination. S. Fick S. 4—10, bes. S. 6 u. 10.

[5] Wustandt S. 12, 13; Sauerbrey S. 9/10; Steinbeck S. 2; Sommer S. 1/2; Passow S. 189: „Ein Aktienunternehmen saugt also in diesen Fällen das andere ganz auf und entschädigt die fremden Aktionäre dadurch, daß sie ihnen einen bestimmten Betrag ihrer eigenen Aktien hingibt."

[6] a. a. O.

[7] a. a. O., 3. Bd.

Kriegsende als Wendepunkt gelten mag, kann man hauptsächlich, wie Sombart[8] in einer Veränderung der seelischen Struktur der Wirtschaft (d. h. der sie tragenden Persönlichkeiten) finden, nämlich in einem Weichen des Individualismus. Die Tatsache als solche ist offenkundig, wie ein Blick auf zahllose Fusionen beweist.[9] — Es gibt jedoch auch rein rationale Ursachen für diese koordinierenden Zusammenschlüsse. Während früher in der Regel der Zwang zum Zusammenschluß von dem aufnehmenden Unternehmen ausging, das seinerseits den Willen zur Vergrößerung hatte oder auch nur den Willen, einen Konkurrenten zu beseitigen, und die Neigung, die zur Fusion notwendige Aufgabe der Selbständigkeit freiwillig zu vollziehen, äußerst gering war, ist es in neuerer Zeit anders geworden. Der Zwang zum Zusammenschluß lastet nur zu oft auf beiden Unternehmen und die veränderte seelische Einstellung verschmerzt auch den Verlust der Selbständigkeit leichter.

Da ist in erster Linie der Zwang zur Rationalisierung — deren Begriff hier nicht näher auszuführen ist — die mit Erfolg nur durchgeführt werden kann, wenn mehrere Unternehmen zusammenkommen. Ein Beispiel dafür ist die Bildung der Vereinigten Stahlwerke, die aus vier Gruppen von Gesellschaften, nämlich Rhein-Elbe, Thyssenkonzern, Phönix und den Rheinischen Stahlwerken gebildet wurden. Allerdings war dies keine Fusion im juristischen Sinne, da hier nur Betriebsteile dieser Gesellschaften unter Fortbestand der Gründergesellschaften zusammengefaßt wurden. Diese Unternehmen haben sich als pares verbunden, die Führung steht ihnen allen gemeinsam zu, nicht einer einzelnen Gesellschaft.

Ein anderer Grund für solche Zusammenschlüsse — insbesondere in Deutschland — ist der Zwang, gegenüber dem andringenden mächtigen Kapital des Auslandes finanziell und produktionstechnisch gewachsen zu sein.[10] Beispiele dafür sind die Filmindustrie, die Autoindustrie, die Linoleumindustrie u. a. m.

Ebenso kann lediglich die Möglichkeit, vereint mehr zu erwerben, ohne äußeren Zwang zu Zusammenschlüssen führen, was z. B. die Bildung der „I. G. Farben" beweist. Gerade der Zusammenschluß der in den I. G. Farben vereinigten Unternehmen ist ein Musterbeispiel für eine koordinierende Fusion. Es wurden sechs Gesellschaften fusioniert. In diesen hatten drei das gleiche Aktienkapital und in der vorhergehenden Interessengemeinschaft

---

[8] Sombart, 3. Bd., bes. S. 1013, 1016, 818 oben; s. a. Geiler in JW. 1927, S. 1069/70.

[9] I. G. Farben, Linoleumindustrie, De-Di-Bank.

[10] „Überfremdung" in Deutsche Allgemeine Zeitung vom 19. 6. 1929; Ring-Schachian S. 508.

dieselbe Beteiligungsziffer. „Wirtschaftlich liegt ein Gesamtunternehmen vor", zu dem alle Teile gleich beigetragen haben.[11]

Es ist hier nicht der Ort, im volkswirtschaftlichen Sinne die Ursachen und das Wesen der koordinierenden und subordinierenden Fusion im einzelnen auszuführen. Nach dem Gesagten ist kein Zweifel, daß ein weitgehender Unterschied nach dieser Richtung hin besteht, wie er oben schon kurz gekennzeichnet ist und der am besten durch einen Vergleich aus dem Völkerrecht beleuchtet werden kann: Während die koordinierende Fusion der Vereinigung mehrerer (zweier) selbständiger Staaten zu einem Bundesstaate entspricht, gleicht die subordinierende Fusion dem Aufgehen eines Staates in einen andern, sei es, daß er erobert wird, sei es, daß er, wie etwa Waldeck in Preußen, seine Souveränität freiwillig aufgibt.

Wirtschaftlich gesehen stellt sich bei der Fusion der subordinierende Zusammenschluß als eine Veräußerung des Vermögens des Unternehmens dar, während die koordinierende Fusion eine durchaus eigenartige und selbständige Erscheinung ist, die ihr besonderes Wesen und ihre eigenen Regeln hat.

§ 3.

Nachdem die Fusion als Vorgang des Wirtschaftslebens untersucht worden ist, ist nunmehr die Frage nach dem Wesen der allgemein mit Fusion bezeichneten in den §§ 305/6 HGB geregelten Verschmelzung zweier A. G. zu stellen. Daß der wirtschaftliche Begriff „Fusion" weitgehender ist, als die nur die A. G. und Kommanditgesellschaft auf Aktien umfassende juristische Fusion, ist bereits gesagt worden.

Im folgenden soll aber von einer Darstellung des rechtlichen Herganges der Fusion abgesehen werden, es sei denn, daß es im Rahmen der sich zunächst nur mit dem rechtlichen Wesen der Fusion befassenden Darstellung notwendig sein sollte. Es kann deswegen auf die zahlreichen Untersuchungen über die Fusion verwiesen werden, insbesondere auf die eingehenden Darlegungen von Ullmann.[12]

Die gesetzliche Grundlage für die Fusion sind die §§ 303 bis 306 HGB. Der eigentlich die Fusion behandelnde § 306 nimmt auf die §§ 303 bis 305 Bezug. Unter Einbeziehung der §§ 303 bis 305 lautet die gesetzliche Regelung — unter Wegfall der hier nicht interessierenden Vorschriften über den Schutz der Gläubiger: „Wird das Vermögen einer A. G. als Ganzes an eine andere A. G.

[11] Flechtheim in JW. 1927, S. 1065.
[12] Die Veräußerung des Vermögens einer A.-G. im Ganzen (Fusion).

oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen und wird dabei vereinbart, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll, so bleiben bei der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften des § 278 Abs. 1, des § 280 Abs. 2, der §§ 281, 282, des § 283 Abs. 1 sowie des § 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 außer Anwendung, und es finden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung."

Offenbar infolge des Wortlauts des Gesetzes, das davon spricht, daß das Vermögen einer A. G. als Ganzes übertragen werde und infolge des Zusammenhanges mit dem § 303 HGB sowie beeinflußt von der Anschauung der Fusion als Aufsaugung im Sinne der subordinierenden Fusion hat die herrschende Meinung[13] angenommen, daß es sich bei § 306 nur um einen Sonderfall des § 303, nämlich der Veräußerung des Vermögens einer A. G. im ganzen, handele.

Die grundsätzliche Regelung der „Veräußerung des Vermögens einer A. G. im ganzen" ist im § 303 HGB enthalten. Wie sich schon aus dem Zusammenhang im Gesetz ergibt, ist diese Veräußerung im ganzen nur ein besonders geregelter Fall der Liquidation einer A. G.[14] Bezweckt wird, im Interesse der Allgemeinheit, eine volkswirtschaftlich schädliche Auseinanderreißung der einzelnen Teile und Gegenstände eines Unternehmens, eine Vernichtung der über dem Gegenständlichen stehenden Betriebs- und Absatzorganisation — wie sie bei der normalen Liquidation mit ihrer Versilberung der einzelnen Gegenstände erfolgt — zu verhindern, eine Tendenz, die das Gesetz ja besonders im Handelsrecht durchweg auszeichnet. Dabei hat der Gesetzgeber nicht an den an sich denkbaren Fall gedacht, daß eine A. G. das von ihr betriebene Unternehmen veräußert, um mit dem Gegenwert ein neues Unternehmen aufzubauen und zu betreiben. Denn nach § 303 Abs. 2 hat der Beschluß auf Veräußerung des Vermögens im ganzen die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war.[15] Daraus

---

[13] Ullmann a. a. O.; v. Ziegler in Holdheim Bd. 18, S. 57 ff.; Müller-Erzbach S. 305; RG. in JW. 1923, S. 2134 ff., sowie die angeführten Dissertationen zur Fusion.

Makower § 835, Anm. I, a—c; § 841, Anm. II, a; Koenige, § 305, Erl. 1 u. 2: „Wie § 303, so erfordert § 305 (und § 306) zunächst einen schuldrechtlichen Veräußerungsvertrag, und Breit, S. 361, II.

[14] Ullmann S. 2 u. bes. S. 7, § 3, Denkschrift S. 177.

[15] Für die G. m. b. H. hat das Reichsgericht neuerdings (Bd. 107, S. 31) anerkannt, daß die Veräußerung des Unternehmens im ganzen mit allen Aktiven und Passiven nicht die Auflösung der G. m. b. H. notwendigerweise zur Folge hat, sondern daß die G. m. b. H. ihren Geschäftsbetrieb auf anderer Grundlage weiter fortsetzen kann. Für die A.-G. kommt

ist besonders deutlich zu entnehmen, daß der Gesetzgeber hier die mit der Auflösung verbundene Liquidation im Auge gehabt hat. Die A. G. nimmt von ihrem Erwerbszweck und -willen Abstand, das vorhandene Vermögen wird in besonderer Weise, nämlich als Ganzes, verwertet, der überschießende Erlös an die Aktionäre verteilt.

Der § 303 HGB betrifft also eine die Auflösung einer A. G. begleitende besondere Art der Liquidation. Die A. G. als solche wird aufgelöst, ohne irgendwelche Wirkungen zu hinterlassen, wie bei jeder normalen Liquidation. Die Aktionäre verlieren ihre Aktionäreigenschaft, sie haben auf Grund ihrer Mitgliedschaft aus der Aktie lediglich einen Anspruch auf den Liquidationserlös. Der Gegenwert für das veräußerte Vermögen der A. G. ist nach den gesetzlichen Bestimmungen für die Liquidation zu verwerten (§§ 303 Abs. 3, 294 bis 302 HGB).

Das Ergebnis einer Fusion gemäß § 306 ist dagegen folgendes. Mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses der aufnehmenden Gesellschaft gilt die übertragende als erloschen.[16] Die Aktionäre sind nunmehr aus Aktionären der fusionierenden zu Aktionären der aufnehmenden Gesellschaft geworden. Das Vermögen der A. G. ist im Wege der Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen.

Wenn die herrschende Meinung den § 306 als einen Unterfall des § 303 bezeichnet, so meint sie damit wohl nicht, daß auch § 306 einen besonderen Fall der Liquidation einer A. G. darstellt, sondern sie sieht das Gemeinsame von § 303 und § 306 darin, daß es sich in beiden Fällen um eine Veräußerung des Vermögens der A. G. im ganzen handelt, wobei im Falle des § 306 Aktien als vermögensrechtliche Gegenleistung gegeben werden mit der Besonderheit, daß diese Leistung unmittelbar an die Aktionäre erfolgt und daß diese Veräußerung nach § 306 die Auflösung der Gesellschaft in demselben Sinne zur Folge hat wie bei § 303. Eine eingehendere auf das Wesen der Sache gehende Begründung dafür, daß und inwiefern § 306 ein Unterfall des § 303 (also schließlich doch auch eine Art der Liquidation) sei, wird allerdings nicht gegeben. Im

das Reichsgericht (in JW. 1929, S. 2137, II) zu praktisch ähnlichen Ergebnissen: „Die Veräußerung des bisherigen Betriebs oder Unternehmens einer A.-G. an sich kann nicht als ipso iure wirkender Auflösungsgrund anerkannt werden." (S. 2138 r.)

[16] Bestritten, s. unten S. 69. Beizustimmen ist Breit, der, de lege ferenda fordert, daß die Veräußerung des Vermögens eine A.-G. i. g. nicht deren Auflösung zur notwendigen Folge habe (a. a. O. S. 365, 384)

einzelnen sagt z. B. Müller-Erzbach:[17] „Die Verschmelzung oder Fusion kommt ebenfalls auf eine Gesamtverwertung des Vermögens heraus, die Gesellschaft veräußert ihr Vermögen als Ganzes an eine andere A. G. oder Kommanditgesellschaft auf Aktien und erhält[18] als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft.“ Ullmann[19] sagt, daß die Fälle der §§ 304 bis 306 spezielle Fälle des § 303 seien.

Daß die übernommene Gesellschaft untergeht und auch kein irgendwie geartetes Nachleben im Schoße der aufnehmenden Gesellschaft führt, hat besonders das Kammergericht betont.[20] Es führt aus: „... Ebenso können ihre Ausführungen, daß es sich im Falle der Verschmelzung zweier A. G. ohne Liquidation gemäß § 306 HGB um mehr als einen bloßen Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge handele, nicht als zutreffend angesehen werden“... „Vielmehr geht die A. G., deren Vermögen als Ganzes ohne Liquidation gemäß § 306 HGB von einer anderen A. G. übernommen wird, als solche völlig unter. Sie wird von dem Gesetze wie eine verstorbene und beerbte Person behandelt.“

Dieser Standpunkt, die im § 306 HGB geregelte „echte Fusion“ der Veräußerung des Vermögens einer A. G. gemäß § 303 HGB mehr oder weniger gleichzusetzen, erscheint aus den verschiedensten Gründen mindestens sehr bedenklich. Ohne tiefer in das Wesen der Verschmelzung einzudringen, zeigen sich schon offenbare Unterschiede zwischen den §§ 303 und 306, die die Annahme rechtfertigen, es im § 306 mit einem gegenüber § 303 durchaus selbständigen und eigenartigen Vorgang zu tun zu haben.

Zunächst sind § 303 und § 306 insofern verschieden, als § 303 eine Liquidationsform der aufgelösten Gesellschaft darstellt, während bei § 306 gerade die Liquidation ausgeschlossen ist. Die Verschmelzung nach § 306 bedeutet ja auch wirtschaftlich keine Liquidierung, im Gegenteil, die Aktionäre, die „ihr Geld zu dem Zwecke hergeben, für sich Erträge zu erzielen“,[21] bleiben in dieser Stellung. Ja meist hat die Fusion — wie oben gezeigt — den ausgesprochenen Zweck, diesem Gewinnstreben der Aktionäre, das ja das beherrschende Prinzip der A. G. ist, zu dienen, indem sie die Rentabilität der A. G. wieder herstellt oder verbessert. Die Bedeutung des § 303 erschöpft sich darin, daß es sich bei ihm um

---

[17] Handelsrecht, S. 305.

[18] Da die A.-G. im Augenblick der Verschmelzung verschwindet, kann sie keine Aktien erhalten, diese erhalten die Aktionäre.

[19] a. a. O., S. 4.

[20] KGJ. 51, S. 262 ff.

[21] Brodmann, Aktienrecht, S. 132.

Liquidation und Auflösung der Gesellschaft handelt. Es ist auch gleichgültig, an wen im Falle des § 303 das Vermögen veräußert wird und welche Gegenleistung gegeben wird. Dagegen kann bei § 306 nur an eine andere A. G. oder Kommanditgesellschaft auf Aktien „veräußert" werden und nur gegen Hingabe der Aktien. Bei der Veräußerung nach § 303 gelangt die Gegenleistung an die im Liquidationsstadium befindliche A. G., um dort nach den Vorschriften der Liquidation verteilt zu werden,[22] während bei der Fusion eine Leistung an die A. G. überhaupt nicht erfolgen kann,[23] vielmehr die Hingabe der Aktien so zu verstehen ist, daß nunmehr die Aktionäre der aufgenommenen Gesellschaft im vereinbarten Umfange Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft werden, und es ist nicht etwa so, daß sie gegen Hingabe der Aktien ihrer bisherigen Gesellschaft andere erhalten,[24] also ein Wertpapiertausch erfolgt. Vielmehr bleiben sie immer in ihrer Aktionärstellung, diese wandelt sich im Augenblick des Vollzugs der Fusion dergestalt um, daß sie aus Aktionären der aufgenommenen Gesellschaft nunmehr Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft werden, und zwar der letzteren nach der Veränderung durch die Fusion.

Während also bei § 303 das wirtschaftliche Leben, zwar nicht des Betriebes der A. G., wohl aber der Unternehmensform A. G. ein Ende findet und die Aktionäre einen Anspruch auf den eventuellen Liquidationserlös, aber keinen Gewinnanspruch und kein Mitgliedschaftsrecht mehr haben (soweit es sich nicht um die Mitwirkung bei der Liquidation handelt), bleibt bei der Fusion die Aktionärstellung unverändert bestehen und zumindest die koordinierende Fusion hat in ihrer Gesamtheit einen dem § 303 entgegengesetzten Zweck, nämlich den, die wirtschaftliche Stellung der Aktionärgesamtheit und des Unternehmens zu befestigen. Aber in jedem Falle bleibt die Aktionärstellung und die darin liegende Erwerbs- und Gewinnmöglichkeit im Gegensatz zu § 303 erhalten. Also geradezu entgegengesetzte Absichten und Erfolge.

Ein weiterer bedeutsamer Unterschied liegt darin, daß im Falle des § 303 die Veräußerung durch Singularsukzession erfolgt, während der Übergang des Vermögens der fusionierten A. G. gemäß § 306 im Wege der Universalsukzession erfolgt. Diese weitgehenden Verschiedenheiten müssen ihren Grund in einer Verschiedenheit im Wesen zwischen Fusion und Veräußerung des Vermögens im ganzen

[22] Ullmann a. a. O., S.
[23] Heymann, Aktienrechtliche Fusion in ZHR. Bd. 92, S. 222.
[24] Fischer in Ehrenbergs Handbuch III, 1, S. 417/18; Heymann a. a. O., S. 232.

haben und können mit der Annahme einer Veräußerung bei der Fusion nicht erklärt werden.

Aber auch abgesehen davon ist nicht ersichtlich, inwiefern es sich bei der Fusion nach § 306 um eine Veräußerung handeln sollte. Der Umstand, daß der § 306 sich im äußeren Zusammenhang mit den Vorschriften über die Veräußerung des Vermögens einer A. G. im ganzen befindet, kann nicht maßgebend sein. — Daß die §§ 303, 304, 305 auch einen unter sich und soweit §§ 303, 304 in Frage kommen, einen von § 306 abweichenden Inhalt haben, wird noch später zu zeigen sein. — Ebensowenig der im Gesetz aus praktisch formellen Gründen — wie noch zu erläutern sein wird — für die Fusion gewählte Weg, die aufnehmende Gesellschaft den juristischen Rahmen — wirtschaftlich kann es umgekehrt sein[25] — für das entstehende Gesamtunternehmen bilden zu lassen und die andere als selbständigen Vermögensträger verschwinden zu lassen. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Veräußerung vorliegt, muß besonders berücksichtigt werden, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nunmehr Aktionäre des Gesamtunternehmens sind. Der Gesamtvorgang wäre in nichts anders, wenn beide Parteien, beide Aktionärgesamtheiten, ihre beiderseitigen Vermögensmassen zusammentäten und jetzt nach einem bestimmten Schlüssel als „Gegenleistung" Aktien des vereinigten Unternehmens erhielten. Es würde niemandem einfallen, davon zu sprechen, daß die Aktionäre der beiden Unternehmen ihre Vermögen veräußert und als Gegenleistung Aktien erhalten hätten. An wen sollten die veräußert worden sein? Die Gesamtheit der beiden Aktionärgruppen ist doch nichts von den beiden einzelnen Aktionärgruppen Verschiedenes. Man könnte allenfalls von einem Tausch reden,[26] aber auch dann wäre es doch nicht so, daß die eine Gruppe ihr Vermögen gegen das der anderen vertauscht hätte; denn sie hat ja auch noch einen Anteil ihres eigenen, insofern als ihr jetziger Anteil sich auf das Gesamtvermögen, also auch das ursprünglich ihr zugehörige erstreckt, es wäre also nur ein teilweiser Tausch vorgenommen worden — es fragt sich aber, wie weit man in der Trennung und Gegenüberstellung der Teilanteile überhaupt gehen könnte, um einen Tausch zu konstruieren.

---

[25] Vgl. das von Flechtheim (in JW. 1927, S. 1065) angeführte Beispiel, wo eine Gesellschaft mit 600 000 RM. Kapital eine andere mit 24 000 000 RM. Kapital aufnimmt, oder das ebenfalls dort erwähnte Beispiel der Fusion „Bamag-Meguin".

[26] Heymann a. a. O., S. 221, der allerdings etwas ganz anderes meint, nämlich Tausch des Vermögens der aufgenommenen A.-G. gegen die von der aufnehmenden A.-G. hergegebenen Aktien.

Wir sehen also, daß hier eine Veräußerung nicht vorliegt, wenn gleich eine gewisse Verwandtschaft mit der Veräußerung nicht geleugnet werden soll.

Nach dem Gesagten dürfte aber jedenfalls dargetan sein, daß die Annahme einer Veräußerung abzulehnen ist, es sich vielmehr um vermögensrechtliche Vorgänge besonderer Art handelt.

Es ist nun nicht einzusehen, inwiefern das Ergebnis ein anderes sein soll, wenn der dargestellte Sachverhalt sich in der Form des § 306 HGB vollzieht. Zunächst muß auch hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Aktien, die den aufgenommenen Aktionären als „Gegenleistung" gewährt werden, nicht mehr gleich den ursprünglichen Aktien der aufnehmenden Gesellschaft sind, sondern daß sie auch einen Anteil des Vermögens der aufgenommenen Gesellschaft repräsentieren.[27] Die Aktionäre würden also hier jedenfalls teilweise wieder eine Veräußerung an sich selbst, also insoweit keine haben. Es darf eben überhaupt nicht außer acht gelassen werden, daß in diesem Sinne Vermögen und Aktien keine Gegensätze sind, sondern beide, von verschiedenen Seiten gesehen, dasselbe bedeuten, weswegen sie auch nicht Wert und Gegenwert einer Veräußerung (Tausch) sein können.

Es ist bei der Verschmelzung so, wie bei der A. G.-Gründung, von der das Reichsgericht gesagt hat,[28] daß Einlage und Aktionärrecht nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, sondern daß durch die Verschmelzung der Einlage Grundkapital der A. G. sowie diese selbst und auch die Aktionärrechte geschaffen werden. Das gleiche muß auch für jede Kapitalerhöhung und auch für die Fusion gelten, bei der durch die Gegenwerte der aufzunehmenden Gesellschaft die Grundlage für die Kapitalerhöhung geschaffen wird und die neuen Aktien nur die Form sind, in der sich das Vermögen der A. G. bzw. ihrer Aktionäre nunmehr repräsentiert.

Abschließend ist zu sagen: Der formelle Weg, den der Gesetzgeber gewählt hat, darf nicht zu Schlüssen auf das Wesen der Sache führen. Es wäre eine durch nichts gerechtfertigte Überschätzung des Formellen, dessen Bedeutung im Gesetz nicht verkannt werden soll. Das Wesen kann sich vielmehr nur aus der Betrachtung dessen, was unter der Form wirklich geschieht, ergeben. Danach hat sich herausgestellt, daß die Hingabe des Vermögens einer A. G. gegen die Gewährung von Aktien gemäß § 306 HGB keine Veräußerung dieses Vermögens darstellt.

[27] Daß die „Aktien in der Tat juristisch Vermögensanteile darstellen" dafür s. Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 26 und 27.
[28] RG. 31, 21.

Wenn die Fusion aber nicht ein Fall der Veräußerung im ganzen ist, sondern ein korporationsrechtliches Geschäft besonderer Art,[29] dann fragt sich, welches ihr Wesen ist. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß es sich bei der Fusion nicht nur um eine Vereinigung der Vermögensmassen handelt, sondern um eine Vereinigung der beiden Körperschaften, deren hauptsächlichste Folge der Übergang des Vermögens der einen Korporation auf die andere ist.

Daß das Wesen der Fusion nicht oder nicht nur darin besteht, daß es eine Veräußerung des Vermögens im ganzen ist, ist von einzelnen Vertretern der Rechtslehre mehr oder weniger weitgehend angenommen worden.

So nimmt z. B. Lehmann-Ring,[30] der zwar im Prinzip auf dem herrschenden Standpunkt steht, ein körperschaftliches Nachleben der aufgenommenen A. G. an, das sich, soweit es bestehe, im Schoße der übernehmenden Gesellschaft vollziehe. Eine nähere Begründung für diese Ansicht fehlt, auch wird nicht gesagt, welche Bedeutung dieses körperschaftliche Nachleben hat und worin es sich äußert.

Eine erheblich andere Anschauung vom Wesen der Fusion hat dagegen Fischer,[31] der zwar auch noch davon spricht, „daß die Mitglieder der einen Gesellschaft deren Vermögen auf die andere übergehen lassen," also das Bild der Veräußerung mit den beiden Parteien gebraucht, dann jedoch fortfährt:[32] „Bei dem als Fusion, Verschmelzung bezeichneten Geschäfte geht die aufgelöste Korporation nicht sowohl unter, vielmehr geht sie in der erweiterten anderen Korporation auf", sowie:[33] „... Denn dann geht die aufgelöste nicht in der übernehmenden Korporation auf, vielmehr geht nur ihr Vermögen über und die Korporation geht unter; eine Fusion kommt gar nicht in Betracht — diesen Ausführungen entspricht das Verhältnis der §§ 305, 306 zu § 303."

Neuerdings hat sich Gilbert[34] mit dieser Frage beschäftigt. Er unterscheidet den Inhalt der Regelung des § 303 von dem des § 306: Im Falle des § 303 erscheine der Vertrag auf Veräußerung im ganzen als ein obligatorisches Geschäft, im Falle des § 306 dagegen vollziehe sich der Vermögensübergang im Rahmen eines zum

[29] z. B. Heymann a. a. O.
[30] § 306, S. 269/70.
[31] a. a. O., S. 417/18.
[32] a. a. O., S. 417.
[33] a. a. O., S. 418.
[34] Formenzwang für Fusionsverträge? In JW. 1928. S. 2597 ff.

mindesten vorwiegend korporationsrechtlichen Geschäfts.[35] Eine Begründung und nähere Auseinandersetzung dessen, was er unter der korporationsrechtlichen Seite dieses Geschäfts versteht, gibt Gilbert freilich nicht, lehnt sogar später die Annahme eines korporationsrechtlichen Geschäfts deutlich ab.[36] Seine Ansichten werden uns jedoch noch später beschäftigen, so daß vorläufig von einer Auseinandersetzung mit ihnen abgesehen werden kann.

Am deutlichsten hat sich neben Fischer, Sohm[37] und Gierke[38] Kohler[39] zu der Auffassung bekannt, daß die Fusion ein Akt des Korporationsrechts ist, dessen primäre Bedeutung in dem Übergang der einen Korporation in die andere beruht. Kohler führt aus:[40] „Mit dem Institut der Fusion im Sinne der §§ 304 und 306 HGB hat die Rechtsordnung das Problem zu lösen versucht, eine juristische Person in die andere übergehen zu lassen, was natürlich den Übergang des Vermögens per universitatem zur Folge hat. Es ist nicht etwa so, daß die juristische Person untergeht, auch nicht so, daß sie in das Liquidationsstadium tritt, sondern sie bleibt in voller Blüte und Kraft bestehen, und in voller Kraft versenkt sie sich in die andere: sie geht in sie über, ebenso wie z. B. im Staatsrecht, wenn eine Gemeinde sich mit einer anderen verschmilzt oder ein Staat von einem anderen aufgenommen und absorbiert wird. Zwar existiert die ursprüngliche juristische Persönlichkeit nicht weiter mehr in ihrer Vereinzelung, aber sie existiert weiter als integrierender Teil der andern juristischen Person, mit welcher sie sich vereinigt und bringt ihr alle Rechte und alle Pflichten ein, welche ihr als juristischer Person zukommen." Das sind freilich zunächst nichts mehr als Behauptungen.

Im Lichte der oben vorgetragenen Anschauung, sowie der Ansichten Kohlers, Gierkes, Sohms und wohl auch Fischers erscheint als Wesen der Fusion der Übergang der Rechtspersönlichkeit der

[35] Ders. a. a. O., S. 2597.
[36] a. a. O., S. 2598.
[37] „Gegenstand", S. 39.
[38] Otto Gierke, Dtsch. Privatrecht I, S. 567: „Der körperschaftliche Nachlaß fällt daher regelmäßig dahin, wohin die körperschaftliche Persönlichkeit selbst gefallen ist, insbesondere erscheint sein Anfall als Folge des durch die soziale Lebensbewegung bewirkten Überganges der Elemente des aufgelösten Verbandslebens in ein anderes Leben." A. M. Gierke in: „Schuldnachfolge und Haftung", S. 66, Anm. 2, wo G. auch davon spricht, daß die Befreiung der aufgelassenen Gesellschaft von Sch. und Haftg. nach Maßgabe des § 306, Abs. 2—6 suspendiert bleibe. Danach haftet sie also nach Maßgabe pp. weiter und besteht also noch?
[39] Die Fusion der A.-G. im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 40, S. 309 ff.
[40] Ders. a. a. O., S. 309.

aufgenommenen Gesellschaft in die aufnehmende A. G., oder besser die Vereinigung der beiden Rechtspersönlichkeiten und als deren Folge[41] der Übergang des Vermögens, und zwar im Wege der Rechtsnachfolge (Universalsukzession).

§ 5.

Es ist offensichtlich, daß diese Anschauungen die Genossenschaftstheorie zur Grundlage haben.

Vor einer näheren Untersuchung wird es daher notwendig sein, dem Begriff der juristischen Person, insbesondere der Rechtspersönlichkeit der A. G., einige Aufmerksamkeit zu widmen, da die Genossenschaftstheorie nach längerer fast unbestrittener Herrschaft neuerdings wieder recht heftigen Zweifeln begegnet, und sich überhaupt eine skeptische Einstellung gegenüber dem Begriff der juristischen Person geltend macht.

Auf die bisherige Entwicklung der Theorie, die sich, wie bekannt, hauptsächlich in die Fiktionstheorie und die Genossenschaftstheorie spaltet, kann hier nicht näher eingegangen werden. Die Fiktionstheorie betrachtet die juristische Person als bloß vorgestellte, künstlich vom Gesetzgeber nach dem Vorbild der natürlichen Person geschaffenen Rechtsträger. An dieser Stelle soll jedoch von der Theorie der realen Verbandsperson ausgegangen werden, die, wie keiner Darlegung bedarf, die herrschende ist und deren Inhalt als richtig anzusehen ist. Im Sinne der von Beseler begründeten und von O. von Gierke ausgestalteten Genossenschaftstheorie ist die „Verbandspersönlichkeit" die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes, als ein von der Summe der verbundenen Person unterschiedenes einheitliches Ganzes Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein.[42] Dabei ist diese sogenannte „reale" Verbandsperson gewiß nicht als etwas Körperliches anzusehen, genau so wenig, wie dies die sogenannte „natürliche" Person ist. Personalrechtlich bedeutsam sind „individuelle und soziale Lebenszentren, von denen wirkende Kraft ausgeht."[43] „Indem wir diese unsinnlichen Einheiten gegeneinander abgrenzen und einerseits durch Isolierung die in jedem Menschen auf das eigene Sein bezogene Einheit, andererseits durch Konzentrierung die in vielen Menschen auf ein gemeinsames Sein wirkende Einheit verselbständigen, gelangen wir zum Begriffe der

[41] Die Annahme, daß der Vermögensübergang die Folge der korporationsrechtlichen Vereinigung sei, kann aus den Darlegungen Fischers zur Fusion nicht entnommen werden.

[42] Gierke, Dtsch. Privatrecht, I, S. 469.

[43] Ders. a. a. O. S. 471.

Wesenheiten, die im Rechtsgebiete als Einzelpersonen und Ver-
bandspersonen auftreten."[43]

Daß jede Rechtsperson in erster Linie als Willenszentrum be-
griffen werden muß, dessen Äußerungen rechtlich relevante Wi-
kungen auslösen, betont Gierke auch, wenn er Körperschaft un
Anstalt gegeneinander definiert:[44] „Die Körperschaft ist ein Ver-
band mit einer ihm selbst entstammenden Persönlichkeit; ihr
Seele ist ein einheitlicher Gemeinwille, ihr Körper ein Vereins-
organismus. Die Anstalt ist ein Verband mit einer ihm von auße
eingepflanzten Persönlichkeit; ihre Seele ist ein einheitliche
Stiftungswille, ihr Körper eine organische Einrichtung, ver-
möge deren fort und fort Menschen diesem Willen dienstbar werden."

Demgegenüber geht Wieland von dem Dualismus der Handels-
gesellschaften mit und ohne Rechtspersönlichkeit aus, insbesonder
der OHG und endigt mit dem Schluß, daß alle Handelsgesellschafte
juristische Personen sind, die OHG ebensogut wie die A. G.

Man könnte sagen, daß Wieland damit recht hat insofern, al
das, was er der juristischen Person läßt, auch auf die Handels-
gesellschaften zutreffen kann. Letzten Endes kommt Wieland
mit seinen Darlegungen,[45] daß die der inneren Ökonomie unsere
Denkens entsprechende Einheitsvorstellung, welche uns dazu führe
von dem Ganzen auszusagen, was nur für die Teile gelte, ohn
diese damit zu vereinigen, indem sie nur zugunsten des heuri-
stischen Prinzips der Einheit zurückgedrängt würden, auf nichts
Neues, nämlich eine Modifikation der Fiktionstheorie heraus. Sein
Formel, wonach die juristische Persönlichkeit nur im Sinne eine
beschränkten Fiktion verwendbar sei, nämlich[46] „die jeweiligen
Gesellschafter in ihrer Verbindung werden in einzelnen näher zu
bestimmenden Beziehungen wie eine selbständige Person be-
handelt", ist allenfalls eine äußere Umschreibung oder Be-
schreibung. Sie entbehrt des Inhalts und kommt dem Wesen der
juristischen Person nicht nahe. Damit ist nichts gewonnen."[47] Das
freilich ist Wieland und anderen[48] zuzugeben, daß man in der An-

[44] a. a. O. S. 474.

[45] Wieland, Handelsrecht, S. 428 ff.

[46] Wieland a. a. O., S. 433.

[47] Es sei auf die Ausführungen Brodmanns zu Wielands Begründung
verwiesen (Aktienrecht, S. 132): „Das ist nicht, wie der Verfasser be-
hauptet, Erkenntnistheorie, sondern formale Logik, während in Wahr-
heit das Problem, inwiefern ein einzelnes ein einheitliches sein kann
ohne zugleich ein schlechthin einfaches zu sein, noch über die Er-
kenntnistheorie hinausführt zur Metaphysik, für den Juristen bleib
hier weiter nichts, als ein eitel gläubig Herz."

[48] Schreiber a. a. O., S. 37, 266; Schönfeld in Iher. Jahrb. Bd. 75
S. 373/74.

wendung des Begriffs Vorsicht walten lassen muß, daß man nicht schlechthin aus der Konstruktion als juristische Person Schlüsse ziehen kann, die im Sachverhalt keine Stütze finden.

Noch schärfer wendet sich Schreiber[49] dagegen, aus der Annahme der juristischen Persönlichkeit irgendwelche Schlußfolgerungen zu ziehen. Schreiber geht vom Gesetz aus: „Es ist eine reine Frage des positiven Rechtsinhalts, welche einzelnen Rechtssätze mit dem Begriff „juristische Person" als gegeben hinzunehmen sind und welche nicht."[50] Gegenüber den Schreiberschen Ansichten kann auf das von Brodmann[51] Gesagte verwiesen werden. Betont soll nur werden, daß Schreiber die Möglichkeiten überschätzt, innerhalb welcher sich der Gesetzgeber bei der positiven konkreten Regelung bewegen kann und verkennt, daß vieles im Gesetz enthalten ist, was nicht in Worte gekleidet werden kann.

Schönfeld[52] endlich beschränkt sich in seiner Untersuchung nicht auf den Begriff der juristischen Person, sondern zieht den Begriff der Rechtsperson schlechthin in den Kreis seiner Erörterungen. Er vertritt die Anschauung, daß beide, Verbands- wie Einzelpersonen eine Schöpfung des Rechts seien, eine Ansicht, die bereits früher vertreten wurde.[53] Er kommt zu dem Ergebnis, „daß der Begriff der Rechtsperson weder dinglichen noch fiktionalen Charakter trage, sondern die notwendige Bedingung objektiver Rechtsrelationen darstelle."[54] Die Erkenntnis der juristischen Person sei unabhängig davon, was denn die juristische Person „eigentlich" sei, ob „hinter ihr" eine dem Menschen analoge reale metaphysische Substanz stehe, wie die organische Theorie in ihren verschiedenen Abwandlungen behauptet. „Denn die Rechtswissenschaft hat es nur mit Tatbeständen und ihre Erfüllung zu tun. Was ein Verein, eine Stiftung außerhalb von ihr sei, ist ihr ebenso unbekannt und gleichgültig wie das, worin das ajuristische Wesen des Menschen bestehe. Denn auch der Mensch des BGB ist ebenso wie sein Verein und seine Stiftung ein Rechtliches und mit dem Menschen der Naturwissenschaft und Psychologie keineswegs identisch, wie wohl heutzutage und insoweit zufällig gleich."[55]

Schönfeld sieht von der „vorrechtlichen Qualität"[56] der Rechts-

[49] Schreiber a. a. O., S. 12 ff.
[50] Ders. a. a. O., S. 13.
[51] Brodmann a. a. O., S. 131/32.
[52] Schönfeld a. a. O., S. 333 ff.
[53] Burckhardt in Ztschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart XVIII, S. 1 ff.
[54] Ders. a. a. O., S. 373.
[55] Ders. a. a. O., S. 354.
[56] Husserl im Arch. ziv. Prax. Bd. 127, S. 147.

person ganz ab. Mit Recht hält Husserl[57] dem entgegen, daß es sic
für das Recht nicht darum handele, personale Wesen zu schaffe
sondern außerrechtlich geschaffene Personen durch das Rech
personal zu qualifizieren.[58] Was die Verbandsperson insbesonde
anlangt, so gibt auch Schönfeld[59] zu, daß es schließlich Glauben
sache ist, ob die reale Gesamtperson, oder wie er sagt „mysteriö
Gesamtseele der organischen Theorie“[59] als existent angesehe
wird oder nicht. Im übrigen ist auch gegenüber Schönfeld da
gegenüber Schreiber und Wieland Gesagte zu wiederholen. Da
die Rechtsperson, gleichgültig, welche Vorstellung man damit ve
bindet, die notwendige Voraussetzung objektiver Rechtsrelatione
ist, ist evident. Damit ist aber über die Rechtsperson selbst noc
nichts gesagt. Es sollen hier die Ausführungen Brodmanns[60] he
angezogen werden. Er führt aus: „Darum ist es eine Selbs
täuschung, wenn man glaubt, dem Problem der juristischen Perso
damit auch nur einen Schritt näher gekommen zu sein, daß ma
darauf hinweist, daß die natürliche Person nicht minder wie di
juristische nur eine Abstraktion sei, darum bei dieser nicht u
erklärlicher oder ebenso erklärlich wie bei jener. Keine Dialekti
vermag den Unterschied zu verwischen, der zwischen dem ei
zelnen Menschen und der Gesamtperson besteht. In Frage ste
die Wirklichkeit, die konkrete Persönlichkeit in ihrer Totalitä
wie ja auch zweifellos beim einzelnen Menschen der Grund seine
„Persönlichkeit“ seine Menschheit ist, und das Problem lautet
Was berechtigt uns, eine Mehrheit in dem gleichen Sinne für ei
Einheitliches und Einzelnes zu halten, wie der Mensch uns al
etwas Einheitliches und Einzelnes unmittelbar gegeben ist? Dies
letztere Einheitlichkeit und Vereinzelung liegt für unseren Stand
punkt, der nicht Metaphysik ist, im Psychologischen, und dahe
wird das Problem gelöst sein, wenn es gelingt, zu zeigen, daß i
der Wirklichkeit psychologische Tatbestände sind, welche jen
Zusammenfassung und Vereinzelung enthalten.“

---

[57] s. auch Husserls Hinweis auf das preußische ALR., Teil I, 1, §
„Der Mensch wird, sofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesel
schaft genießt, Person genannt“, und das dort dazu Bemerkte (Husse
a. a. O., S. 147, Anm. 26).

[58] was letzten Endes auf dasselbe hinausläuft, was Gierke (Dtsc
Privatrecht, I, v. Anm. 17) S. 470 sagt, daß die Verbandsperson ebensowen
wie die Einzelperson bestehe, soweit sie nicht vom objektiven Rec
anerkannt sei.

[59] a. a. O., S. 364.

[60] Brodmann, Recht u. Gewalt, S. 91.

Schließlich ist Schönfeld[61] ebenso wie Schreiber und Wieland, soweit sie, von der Analyse (eines Teils) des Privat)-Rechts ausgehend, die Genossenschaftstheorie widerlegen wollen, entgegenzuhalten, daß es sich hier um ein vor Privat- und öffentlichem Recht liegendes Grundproblem handelt, dessen Lösung unzulänglich sein muß, wenn man sie nur für das Privatrecht durchführt.[62]

Was nun die Gierkesche Theorie anlangt, die, auf historischer Betrachtung fußend, von den Genossenschaften und Innungen des Deutschen Rechts ausgeht, so kann ihr freilich gerade hinsichtlich der A. G. entgegengehalten werden, daß hier ein Gesamtwille, eine Gesamtseele im Sinne der historischen Verbände nicht vorzuliegen scheint. Daß der Kernpunkt der Theorie der realen Gesamtperson wie überhaupt der Rechtspersönlichkeit auf dem Gebiete der Willensfähigkeit des Menschen bzw. menschlicher Verbände liegt, und daß es sich dabei um ein psychologisches, nicht ein metaphysisches (mystisches) Problem handelt, hat bereits Gierke, wie oben[63] hervorgehoben, zum Ausdruck gebracht und ist besonders von Brodmann[64] in vorzüglichen Ausführungen betont worden.

[61] Nach Fertigstellung dieser Arbeit ist ein neuer Beitrag Schönfelds zu dem hier zur Diskussion stehenden Problem erschienen (Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts), der zu wesentlich anderen Ergebnissen kommt, als die von Schönfeld in der oben zitierten Arbeit vertretenen. Schönfeld zieht auch die Figur des Staates als Rechtsperson in den Kreis seiner Betrachtung (S. 252). Ohne näher auf den Inhalt der bedeutsamen Ausführungen Schönfelds — denen diesmal von dem hier vertretenen Standpunkt aus voll zugestimmt werden kann — einzugehen, kann so viel gesagt werden, daß auch Schönfeld einsieht, daß man nicht nur in der reinen Formenwelt verharren darf, ohne den ernsthaften Versuch zu machen, zu ergründen, was denn eigentlich in ihr enthalten und mit ihr gemeint sei (S. 203/204). Was insbesondere den Begriff der „juristischen" Person anlangt, kommt Schönfeld, von allgemein-kulturgeschichtlicher Betrachtung ausgehend — „der Mensch ist nicht das oberste, sondern das unterste Wesen der Kultur, so gewiß es wohl über, aber nicht unter ihm Kulturpersonen gibt" (S. 209) — auch für das Gebiet des Rechts zu einer — man kann wohl sagen vertieften und auf allgemeiner Basis gestellten — Auffassung der juristischen Person als reale Verbandsperson im Sinne der von Gierke vertretenen Anschauung.

Eine weitere Auseinandersetzung mit Schönfeld, so verlohnend sie erscheint — es sei z. B. darauf hingewiesen, daß Schönfeld bei der Betrachtung des Werdens und Wesens der Verbandsperson auf dem Boden des philos. Intellektualismus zu stehen scheint (bes. S. 206), im Gegensatz zu der hier vertretenen voluntaristischen Auffassung des Problems der juristischen Person sowie der Rechtsperson schlechthin — kann an dieser Stelle nicht erfolgen.

[62] Gierke a. a. O. I, S. 467. [63] s. S. 30.

[64] Brodmann a. a. O. bes. S. 98, 99, 100. „Mag die Gesamtperson ein Organismus nicht sein, so muß sie doch darum nicht aufhören, der Tatbestand einer existierenden pschologischen Einheit zu sein" (S. 99).

Wenn man aber hierin das Wesentliche der Rechtsperson, insi
besondere der juristischen Person, sieht, so muß man doch zu
gestehen: Welcher Unterschied ist zwischen der Verbundenhei
einer mittelalterlichen Innung, einer altgermanischen Land
genossenversammlung und dem unpersönlichen Charakter einer
modernen Aktionärgemeinschaft, wo von einem Gesamtbewußtsein
der Aktionäre in der Regel nicht gesprochen werden kann. Denn
wie viele Aktionäre gibt es, die von ihrem Unternehmen keine ge-
nauere Vorstellung haben, für die die Aktie nur Wertpapier, nicht
Mitgliedschaft ist und die daher auch an der Bildung eines Gesamt-
willens, eines Gesamtbewußtseins keinen Anteil haben können.
Wie viele Aktionäre wissen zurzeit überhaupt nicht, welche Aktien
sie besitzen, und wie oft ist es für alle Beteiligten ungewiß, welche
Gruppe ausschlaggebend in der Gesellschaft ist.

Das Kapitalistisch-Vermögensrechtliche überwiegt ja bei der A. G. in dem Maße, daß man sagen kann, das Wesentliche an ihr ist nicht die Organisation des Sozialsachverhalts zur juristischen Person, sondern die bei der A. G. erfolgte Loslösung des Eigentums vom Boden, vom Gegenstande, seine Abstrahierung in Papieren, die zur Folge hat eine weitgehende Anonymität des Eigentums und eine Beweglichkeit, die es gestattet, Unternehmen größten Ausmaßes ohne Wissen der eigentlichen Leiter und Arbeiter durch ein Telephongespräch, beispielsweise von Berlin nach Newyork, zu verschieben. Es ist sicher, daß diese Eigenart der A. G. rechtlich noch nicht erkannt ist und daß noch weniger die entsprechenden Folgerungen gezogen sind.

Doch zurück zur Frage des psychologischen Gesamtwillens als Essentiale der juristischen Person der A. G. Trotz allem ist der Grundgedanke der Genossenschaftstheorie auch für die (heutige) Form der A. G. zutreffend. Gewiß ein mehr oder minder großer Teil der Aktionäre hat an der Bildung des Gesamtwillens keinen Anteil, wenigstens keinen aktiven. Trotzdem wird ein solcher Gesamtwille gebildet, mag auch ein Teil der Aktionäre nur in der Weise beteiligt sein, daß er zu dem Ergebnis durch Nichtteilnahme eine „blanco"-Zustimmung gibt. Die Zahl der bei der „Beherrschung" der A. G. aktiv tätigen Mitglieder wird immer eine geringe sein, wie die Erfahrung lehrt. Aus ihrem Schoße bildet sich der Gesamtwille. Die Stellung des andern Teils der Aktionäre gleicht der von Obligationären.

§ 6.

Es ist nun zu untersuchen, ob unter Zugrundelegung der Theorie der realen Verbandsperson für die juristische Konstruktion der A. G. die Fusion der A. G. gemäß § 306 ein korporations-

echtlicher Akt ist dergestalt, daß die Gesamtperson der aufrenommenen A. G. nicht untergeht im Sinne einer Auflösung wie ei den §§ 303, 304, sondern aufgeht in der aufnehmenden Gesellchaft und nur in ihrer Vereinzelnung verschwindet. Diese Frage t, worauf schon mehrfach hingewiesen wurde, bisher nicht näher rörtert worden.

Die herrschende Meinung steht auf dem abweichenden Standnkt, daß die Fusion gemäß § 306 ein Unterfall der Veräußerung n ganzen nach § 303 sei und daß sie lediglich vermögensrechtchen, nicht sozialrechtlichen Charakter habe. Dem standen die reits erwähnten Ansichten von Sohm, Fischer, Gierke und Kohler gegenüber, ohne daß es zu einer Auseinandersetzung zwischen iden Anschauungen gekommen wäre, was bei den mehr gelegentchen Äußerungen der letzteren Gruppe verständlich erscheint.

Neuerdings hat Gilbert[65] diese Frage kurz gestreift. Er meint, aß die Auffassung der Fusion, wonach der Übergang der Rechtsersönlichkeit der Inhalt und der Übergang des Vermögens die olge der Fusion sei, mit dem geltenden Recht nicht in Einklang u bringen sei. Er begründet das mit dem Hinweis darauf, daß s die §§ 305, 306 vermieden, für die Fusion einen Ausdruck zu ebrauchen, der die Fusion als rein korporationsrechtliches Gechäft in diesem Sinne erscheinen lassen könnte. Das Gesetz stelle n Gegenteil das rein vermögensrechtliche Element in den Vordergrund, wenn es die Merkmale der Fusion dahin umgrenze, daß das ermögen einer A. G. als Ganzes an eine andere A. G. gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden A. G. übertragen und dai vereinbart wird, daß eine Liquidation des Vermögens der aufelösten A. G. nicht stattfinden soll.

Dazu ist zunächst zu sagen, daß die Ausschließung der Liquidation jedenfalls kein Argument gegen die hier vertretene korporationsrechtliche Auffassung der Fusion ist. Daß die Liquidation n diesem Zusammenhange unbeachtlich ist, zeigt § 305, der, wie noch zu zeigen ist, abgesehen von der Liquidation denselben Inhalt vie § 306 hat.

Der zweite von Gilbert herangezogene Grund, nämlich daß das ermögensrechtliche Element der Fusion durch den Wortlaut des Gesetzes, daß das Vermögen einer A. G. an eine andere A. G. gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen werde, so betont sei, daß die Annahme, die Fusion sei ein ein korporationsrechtliches Geschäft, ausgeschlossen sei, ist offenbar das Hauptargument für die von ihm mit der herrschenden

[65] a. a. O.

Mehrheit (wenn auch unterschiedlich) vertretene Anschauung, da die Fusion ein Fall der Veräußerung des Vermögens im ganze gemäß § 303 sei.

Grundsätzlich ist dazu zu sagen, daß einer Argumentation, di sich darauf stützt, der Gesetzgeber habe einen von ihm geregelte Vorgang so und nicht anders bezeichnet und deshalb müsse ein dieser Bezeichnung entsprechende Ansicht richtig sein, irgend welche Bedeutung nicht beigemessen werden kann. Zunächst kan es überhaupt zweifelhaft sein, ob der Gesetzgeber eine Bezeichnun der im § 306 getroffenen Regelung geben wollte in dem Sinne, da damit ihr Wesen bezeichnet sein sollte. Jedenfalls ist bei der Er forschung eines rechtlichen Vorganges in erster Linie auf den In halt seiner Regelung, auf seinen Ablauf und seine Wirkungen ein zugehen. Dies ermöglicht in erster Linie einen Einblick in sein wahres Wesen, während die bloße Bezeichnung demgegenüber keine Rolle spielt. Außerdem ist gerade hier zu berücksichtigen daß die A. G., obwohl sie, wie oben gezeigt, ein sozialrechtliches Gebilde ist, doch einen so starken vermögensrechtlichen Einschlag trägt, daß ein Vorgang, wie die Fusion, eine Regelung erfahren kann, der die vermögensrechtliche Seite so stark in den Vorder grund schiebt, daß die sozialrechtliche dabei zu verschwinden scheint.

Wie einerseits sich ergeben hat, daß die Auffassung der Fusion als eines Unterfalls des § 303 HGB weder ihrer rechtlichen Eigen art gerecht wird noch sich mit dem wirtschaftlichen Geschehen vereinbaren läßt, ist es anderseits nicht richtig, daß die korpo rationsrechtliche Auffassung der Fusion nicht mit der bestehenden gesetzlichen Regelung vereinbar wäre.

Die Besonderheit der Fusion ist der Übergang des Vermögen per universitatem[66] und die in Aktien bestehende „Gegenleistung" Diese beiden Umstände lassen sich befriedigend nur erklären, wenn man den korporationsrechtlichen Charakter der Fusion im oben entwickelten Sinne als richtig ansieht.

Ausschlaggebend ist bei der Betrachtung der Fusion die Be stimmung, daß als Gegenleistung Aktien zu gewähren sind und zwar, wie aus § 305 Abs. 3 i. V. mit § 306 Abs. 1 zu ersehen ist, in der Weise, daß ein Umtausch der Aktien der aufgenommenen Ge sellschaft in Aktien der aufnehmenden erfolgen muß, d. h. daß jeder Aktionär der „aufgelösten" Gesellschaft Aktionär der auf nehmenden A. G. wird. Wenn die Hingabe der Aktien lediglich die Bedeutung einer Gegenleistung hätte, dann ist nicht einzusehen

[66] Unbestritten, s. RG 80, 170.

warum ihre Zahl so bemessen sein muß, daß jeder Aktionär der aufgenommenen Gesellschaft Aktionär der aufnehmenden Gesellschaft wird. Es würde genügen, wenn der Aktienbetrag, ohne Berücksichtigung der Zahl der Aktien, lediglich nach dem Gesichtspunkt bestimmt würde, daß sie einen entsprechenden Gegenwert bilden. Nun ist aber im Gesetz ausdrücklich das Gegenteil gesagt, und es kann auch gar kein Zweifel sein, daß der Sinn der Fusion gemäß § 305/6 der ist, daß die Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft solche der aufnehmenden Gesellschaft werden. Damit ist also der Inhalt der Fusion auch in ihrer im Gesetz erfolgten Regelung der Übergang der Aktionäre in ihrer Gesamtheit in die aufnehmende Gesellschaft. Und zwar gehen sie über als Gesamtheit und nicht nur in ihrer Gesamtheit. Diese Aktionärgesamtheit aber ist das personale Substrat[67] der juristischen Person, welche die aufgenommene A. G. ist. Dieses geht also nicht unter, wie etwa bei der Auflösung einer A. G. mit Liquidation gemäß §§ 292 ff. oder auch bei der Veräußerung gemäß §§ 303, 304, sondern es bleibt in seiner Gesamtheit bestehen und geht so in die aufnehmende A. G. über. Wir wissen aber, daß dieses personale Substrat in seiner Verbundenheit als Träger des Vermögens die reale Verbandsperson ist.

Brodmann hat sicher recht, wenn er sagt,[68] daß eine das Wesen des Zusammenschlusses genau wiedergebende gesetzliche Regelung nicht möglich ist. Er hat freilich schon nicht recht, wenn er sich, — auch wirtschaftlich — den Vorgang so denkt, „daß zwei A. G. dergestalt zusammenfließen, daß ihre beiden Vermögen zu einem einheitlichen Vermögen werden, an welchem die Aktionäre beider bisherigen A. G. als gemeinsame Aktionäre der so zustande gekommenen neuen Gesellschaft beteiligt sind, der einzelne so, wie es einerseits seiner Beteiligung an der bisherigen Gesellschaft, andererseits dem Verhältnis des Vermögens seiner bisherigen Gesellschaft zum Gesamtvermögen beider Gesellschaften entspricht.“ Denn das Wesentliche ist doch nun einmal, da die A. G. eine Personenvereinigung und nicht eine selbständige Vermögensmasse ist, die bei der Verschmelzung erfolgende Vereinigung der Aktionärgesamtheiten.

Wenn nun auch das Recht diesen Vorgang so geregelt hat, daß nach außen hin die eine Gesellschaft verschwindet, die andere nur neues Vermögen erworben und die Zahl ihrer Aktionäre erhöht hat,[69] so kann das doch nicht zu der Annahme führen, daß dieser

[67] Gierke, Dtsch. Privatrecht, I, S. 483.
[68] Aktienrecht, S. 524.
[69] Staub-Pinner § 306, Anm. 14.

Form der Inhalt entsprechen muß. Wenn auch nur die eine Gesellschaft, und zwar scheinbar unverändert, bestehen bleibt, so kann sich deswegen doch ihre innere Struktur gewandelt haben, und es kann in ihrem Rahmen das Leben der anderen A. G. beschlossen sein. Die vom Gesetzgeber gewählte Form der Regelung der Fusion schließt die Annahme der korporativen Vereinigung nicht aus. Der Vorgang der Vereinigung entspricht der Entstehung einer Körperschaft, und es entsteht ja auch genau gesehen eine neue Körperschaft, die eine Veränderung der alten aufnehmenden ist. Der Zusammenschluß zweier A. G. wird in demselben Sinne wie die Entstehung einer A. G. zu den Lebensvorgängen, in denen sich die soziale Schöpfungskraft des Menschen offenbart[70] und die eine besondere Eigenart haben, mag diese auch in der gesetzlichen Regelung nicht besonders zum Ausdruck gebracht sein.

Das Gesetz beschränkt sich eben darauf, die Folgen eines Vorganges festzustellen, ohne dessen Wesen direkt zu bestimmen. So geschieht es auch bei den der Fusion zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen, die die „Veräußerung" des Vermögens als das Primäre ansehen und die Hingabe von Aktien als Gegenleistung, während in Wirklichkeit der sich dabei vollziehende Übergang der Aktionäre auf die aufnehmende Gesellschaft das entscheidende Merkmal ist, denn um eine Vereinigung der Vermögensmassen bzw. eine Veräußerung des Vermögens im ganzen herbeizuführen, hat das Gesetz andere Möglichkeiten gegeben, und es können dabei auch Aktien wie andere Werte als Gegenleistung gegeben werden, nicht aber in der Weise, daß die Einzelaktionäre unmittelbar Aktionäre der andern A. G. werden und werden müssen, die Aktien also unmittelbar als Mitgliedschaftsrechte übergehen.

Die Vereinigung der Vermögen bzw. die Veräußerung des Vermögens einer A. G. im ganzen an eine andere A. G. hat niemals eine Vereinigung der Aktionäre unmittelbar und notwendigerweise zur Folge. Dagegen ist es begrifflich undenkbar, von dem Zusammenschluß der Aktionäre den der ihnen als Gesamtheit anhaftenden Rechte auszunehmen.

Eine solche Vereinigung der Vermögen oder richtiger die Übernahme des Vermögens einer A. G. im ganzen durch eine zweite A. G. kann sich vollziehen im Wege des § 303, es wäre auch de lege ferenda denkbar, daß die übertragene Gesellschaft nicht liquidiert, sondern mit dem Gegenwert ihre Unternehmertätigkeit fortsetzt. Dabei kann auch die Gegengabe in Aktien bestehen, die Aktionäre

[70] Gierke a. a. O. S. 482.

können bei Auflösung der übertragenen A. G. die Gegenleistung als Liquidationsquote erhalten und somit Aktionäre der anderen A. G. werden. Das wäre aber ein nur zufälliges Ergebnis.

Wenn aber bei einem solchen Vorgang die Aktionäre der übertragenden A. G. ausnahmslos und unmittelbar Aktionäre der aufnehmenden A. G. werden müssen — und nur das kann nach dem bisher Gesagten der Sinn des § 306 sein, denn sonst wäre er überflüssig — dann ist dieser Übergang der Aktionäre Inhalt des Vorganges und alles andere ergibt sich erst daraus. Bei der Fusion des § 306 wollen die Aktionäre der übertragenden A. G. nicht einen Gegenwert für ihre Aktien — der dann, wie Junck[71] in Verkennung des Wesens der Fusion konsequent folgert, auch nur in Geld bestehen könnte — sondern sie wollen die Fortsetzung ihrer Gesellschaft in der anderen, denn sie wollen selbst Aktionäre bleiben. Damit ist aber gesagt, daß sie nicht nur die Vermögensrechte, die die Aktie verkörpert, sondern auch die Mitgliedschaftsstellung behalten wollen. — Das ist der Sinn des § 306. — Die Gesamtheit dieser Mitgliedschaften ist aber, wie schon mehrfach betont, die r e a l e Verbandsperson und dieses Reale geht in corpore über und auf.

Der Zusammenschluß der Aktionäre ist daher das wesentliche Merkmal des § 306, und es bestimmt sein Wesen. Dieses Wesen aber ist folgendes: Die Aktionäre der aufgenommenen A. G. gehören nun zur Gesamtheit der Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft. Nach dem übereinstimmenden Willen beider Körperschaften soll fortan ihr gemeinschaftlicher Wille das Unternehmen leiten. Es kommt nicht nur eine Vereinigung der Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne (ganz abgesehen von einer das Vermögen umfassenden Vereinigung), sondern auch ein Zusammenschluß der das Unternehmen tragenden sozialen Vereinigung zustande. Diese Vereinigung ist nicht so, daß sich aus ihr ein neues Einheitliches nach außen hin bildet, sondern es nimmt der eine Verband den anderen als solchen in sich auf. Dieser zweite hört auf, in seiner Vereinzelung zu existieren und verschwindet in der bestehenbleibenden Korporation.

Dieser Vorgang ist mit der Auflösung einer juristischen Person, dem Erlöschen derselben (z. B. i. S. des § 1061 BGB) nicht identisch. Dort verlieren die Aktionäre ihre Mitgliedschaft, was in Wahrheit das Erlöschen der realen Verbandsperson bedeutet, hier verwandelt sie sich nur. Von einer solchen Auflösung kann daher bei der Fusion keine Rede sein.

[71] Iher. Jahrb. 77, S. 297 ff., bes. S. 319.

Andererseits ist es auch nicht so, wie bei einer Neuemission der aufnehmenden Gesellschaft, bei der diese ja auch neue Aktionäre erhält, das aber nur quantitative Bedeutung für die A. G. hat. Hier dagegen findet eine Veränderung der Struktur der aufnehmenden Gesellschaft statt. Wie weit diese geht und iewieweit das jetzt bestehende Gebilde mehr das Wesen der einen oder der anderen A. G. widerspiegelt, ist Tatfrage.

Dem widerspricht nicht, daß die Form für das Ganze die aufnehmende Gesellschaft bleibt. Genau so, wie die juristische Person als reale Verbandsperson unabhängig von der Anerkennung durch das Recht als Rechtsperson, Person ist[72] und es nicht etwa erst durch die Anerkennung des Rechts dazu wird, kann sie sich ändern, auch wenn sie der juristischen Form nach, wie hier, dieselbe bleibt.

Auch der Entwurf[73] spricht wohl in diesem Sinne von „der durch die Vereinigung aufgelösten Gesellschaft", und versteht unter Vereinigung die „Vereinigung zweier A. G., von denen die eine gegen Gewährung von Aktien der anderen in dieser aufgehen soll" und nicht die Übertragung lediglich des vermögensrechtlichen Substrats der aufgelösten A. G. auf die andere im Sinne einer durch die erste an die zweite erfolgten Veräußerung.

Auf diesen korporationsrechtlichen Charakter der Fusion weist auch der Übergang des Vermögens der A. G. auf dem Wege der Gesamtrechtsnachfolge hin. Das Gesetz hat in seinen Vorschriften, wie schon gesagt, bei der Fusion nicht die Vereinigung der beiden Korporationen geregelt, sondern es hat davon absehend nur die Folgen einer solchen Vereinigung bestimmt. Daß eine solche Vereinigung zweier Verbände den Übergang des Vermögens, und zwar per universitatem zur Folge haben muß, daran kann kein Zweifel sein. Umgekehrt kann daher gefolgert werden, daß eine solche Universalsukzession eine Vereinigung der Korporationen zur Voraussetzung haben muß. Denn es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß rein willkürlich, um die Veräußerung des Vermögens einer A. G. im ganzen zu erleichtern (denn nur um etwas Derartiges kann es sich ja sonst handeln), der ungewöhnliche Weg der Universalsukzession gewählt sein soll, der abgesehen von der Erbfolge — mit der die Fusion nicht verglichen werden kann, da der Tod einer natürlichen Person verschieden ist von der Auflösung und noch mehr von dem Aufgehen einer A. G. in einer anderen — nur als Folge personenrechtlicher Vereinigung, nicht aber als Gegen-

[72] Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 470; Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut, S. 213/14.

[73] Denkschrift, S. 179.

stand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden im Gesetz auftritt. Es sei in dieser Hinsicht auf die Darlegungen Sohms[74] verwiesen, wonach die Gesamtrechtsnachfolge „durch einen personenrechtlichen Tatbestand für alle zu dem „Vermögen" gehörenden Gegenstände einheitlich kraft Rechtssatzes, nämlich kraft personenrechtlichen Güterrechts vor sich geht, ohne daß es der Tatbestände bedürfte, die das Vermögensrecht für den Sondererwerb der einzelnen Gegenstände fordert." Der Übergang des Vermögens durch Gesamtrechtsnachfolge ist also Folge, nicht ursprünglicher Inhalt und sein Vorhandensein läßt als Ursache einen personenrechtlichen Tatbestand vermuten. Dies ist in unserem Falle die korporationsrechtliche Fusion, d. h. die Vereinigung der juristischen Personen. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Gesamtrechtsnachfolge nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden sein kann, ist allerdings offenbar § 304 HGB. Die hier statuierte Gesamtnachfolge ist nicht, wie bei § 306 HGB als Folge einer Vereinigung bzw. Fortführung der juristischen Person der „übertragenden" A. G. anzusehen.[75] Denn der Inhalt des § 304 HGB ist in der Tat lediglich die Veräußerung des Vermögens im ganzen, die im Wege der Universalsukzession vollzogen wird.[76] Die Erklärung dafür ist bekanntlich darin zu sehen, daß der Staat als Erwerber eine solche Sicherheit zu bieten schien, daß man auf der einen Seite von dem Erfordernis der Liquidation,[77] auf der anderen Seite von der Umständlichkeit der Singularsukzession absehen zu können glaubte.[78]

---

[74] „Gegenstand" S. 39.

[75] Vielleicht hat Brodmann (Aktienrecht S. 523) doch nicht ganz recht, wenn er meint, daß der Gesetzgeber sich im Ausdruck vergriffen habe, indem er sage, mit der Eintragung des Beschlusses „gelte" der Übergang des Vermögens als erfolgt, als wenn er sich scheute anzuerkennen, daß wirkliche Gesamtnachfolge Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden sein könne.

[76] Es ist falsch, wenn Kohler a. a. O. unter Gleichstellung von § 304 und § 306 sagt, daß auch im Falle des § 304 die juristische Person bestehen bleibe und als integrierender Bestandteil auf den Übernehmer übergehe. Der Übergang der juristischen Person kann unmöglich an die Übernahme des Vermögens der AG allein geknüpft sein. § 304 ist nicht 306 gleichzusetzen, sondern ist ein Unterfall des § 303 HGB, d. h. eine besondere Art der Liquidation einer AG.

[77] Daß auch bei § 304 eine Liquidation — und zwar die Verteilung der Gegenleistung an die Aktionäre, falls sie nicht gleich an sie geht — möglich ist, hat Brodmann (a. a. O. S. 522) richtig erkannt. Der Liquidationsausschluß bedeutet eben nur die Nichtliquidation der Verbindlichkeiten der AG gegenüber ihren Gläubigern.

[78] Denkschrift S. 178/79.

Eine von dem bisher Dargelegten vollkommen abweichende Auffassung von der Fusion hat Brodmann[79] entwickelt. Danach ist die Fusion gemäß § 305/6 lediglich ein Fall der Kapitalerhöhung einer A. G., bei welcher ausschließlich Sacheinlage vorgesehen ist.[80] Das einzige Eigentümliche dabei sei die Doppelrolle der aufgenommenen Gesellschaft, die im eigenen Namen und doch zugleich im Namen oder doch für Rechnung und im Interesse ihrer Aktionäre tätig werde. Aber gerade dieser Eigentümlichkeit mißt Brodmann zu geringe Bedeutung zu. Ihm wäre beizustimmen, wenn die A. G. als Sacheinlegerin die Aktien (und zwar unabhängig von der Zahl ihrer Aktien) selbst erhielte. Es ist doch aber so, daß die Folge dieser „Sacheinlage" ist, daß der Sacheinleger verschwindet und Dritte die Aktionärberechtigung erhalten."[81]

Es ist offensichtlich, daß auch er nicht berücksichtigt, daß die Aktionäre der aufgenommenen zu Aktionären der aufnehmenden Gesellschaft werden, und zwar sämtlich ohne Ausnahme. Abgesehen davon, daß seine Betrachtung sich nur auf die aufnehmende A. G. erstreckt, wobei man allerdings zu einer solchen Auffassung eher kommen kann, die Fusion aber ein einheitlicher beide A. G. umfassender Vorgang ist, stellt er es in gleicher Weise wie die herrschende Meinung auf die gegenständliche Seite ab — dort Veräußerung des Vermögens i. g., hier Sacheinlage —, ohne den sozialrechtlichen Vorgang zu beachten.

§ 7.

Schließlich ist noch die Auffassung von Heymann[82] in den Kreis unserer Erörterungen zu ziehen. Heymann vertritt in seinen Ausführungen im wesentlichen wohl die Anschauung, daß die Fusion ein korporationsrechtliches Geschäft mit Elementen eines Veräußerungsgeschäfts im Sinne des § 303 HGB ist. Insoweit wäre zu seiner Auffassung nach dem Gesagten nichts mehr zu bemerken. In diesem Zusammenhange interessiert jedoch in erster Linie seine Gleichstellung von § 305 und § 306 HGB, wonach auch im Falle des § 305 eine Übertragung des Vermögens durch Universal- und nicht durch Singularsukzession stattfinde und die Annahme der Universalsukzession auch bei § 306 sich nicht aus der Verweisung des § 306 Abs. 1 auf § 304 ergebe — diese Verweisung beziehe sich

[79] Brodmann a. a. O. § 305, S. 525.
[80] Für den Fall des § 305 steht auf diesem Standpunkt Ullmann a. a. O. S. 52 oben.
[81] s. auch Heymann a. a. O. S. 222/23.
[82] Aktienrechtliche Fusion, in ZHR Bd. 92, S. 217 ff.

nur auf die Abs. 2 und 3 des § 304[83] — sondern begrifflich zum Wesen jeder Fusion, sei es nach § 305 oder § 306, gehöre. Er beruft sich zur Begründung seiner Ansicht in erster Linie auf eine Entscheidung des Reichsgerichts,[84] in der dieses sagt: „Ein Fall der eine Gesamtrechtsnachfolge begründenden Vereinigung der N.er Gesellschaft mit der Klägerin im Sinne des § 305 HGB ist hiernach nicht vorhanden; weder hat die erstere ihr Vermögen als Ganzes an die Klägerin übertragen noch hat sie als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft, also der Klägerin, erhalten."

Eine Begründung kann freilich bei der angezogenen Entscheidung nicht gefunden werden, so daß die Annahme Zieglers,[85] es handele sich nur um einen Druckfehler, begreiflich erscheint. Ebensowenig kann in den weiteren Ausführungen Heymanns eine Begründung für diese immerhin zunächst auffällige Ansicht gefunden werden. Aus der Denkschrift zum HGB kann eine solche Begründung, entgegen Heymann, nicht herausgelesen werden. Das Gegenteil ist eher der Fall. Die Denkschrift spricht von den §§ 295, 296, 297 (entsprechend den §§ 304 bis 306) und sagt in diesem Zusammenhange:[86] „In beiden Fällen (nämlich der Verstaatlichung nach § 304 und der Verschmelzung nach § 305/6) soll der Ausschluß der Liquidation gestattet sein und a l s d a n n eine unmittelbare Gesamtnachfolge des Gesellschaftsvermögens in die Rechtsverhältnisse der aufgelösten Gesellschaft einschließlich ihrer Schulden eintreten." Der Fall des Ausschlusses der Liquidation ist aber eben § 306 und nicht § 305 HGB. Auch aus der Denkschrift ist daher für die Heymannsche Ansicht nichts zu entnehmen. Heymann spricht nun zwar davon,[87] daß das Reichsgericht und Verfasser der Denkschrift recht hätten, wenn sie die Fusion nach § 306 und § 305 als einen einheitlichen Begriff dahin ansehen, daß in jedem Falle die Gesamtrechtsnachfolge, restloser Untergang der übertragenen A. G. und unbeschränkte Haftung der übernehmenden A. G. eintreten.[88] Weswegen aber Reichsgericht und Denkschrift recht haben, verschweigt er. Aus der Entscheidung des Reichsgerichts ist eine Begründung nicht zu entnehmen, und die Denk-

[83] a. a. O. S. 227.
[84] RG 62, 73.
[85] In Holdheims Monatsschrift, Bd. 18, S. 63, Anm. 31.
[86] Denkschrift, S. 177.
[87] a. a. O. S. 224.
[88] a. a. O. S. 227; „Eine Fusion ohne Gesamtrechtsnachfolge unbeschränkter Haftung und restloses Aufgehen der einen AG in der andern ist ein Widerspruch in sich und eine Begriffsverwirrung. Dies ist aus der Denkschrift sowie aus RG 62, 72 mit aller Klarheit zu erkennen."

schrift spricht sich gar nicht in dem von Heymann angeführten Sinne aus. Es braucht nicht betont zu werden, daß der Hinweis[89] auf den Umstand, daß § 306 sagt, „ist im Falle des § 305 ...“ keine Begründung dafür ist, daß der Begriff des § 306 identisch mit dem des § 305 sei.

Heymann[90] meint, daß die herrschende Ansicht,[91] wonach bei § 305 keine Universalsukzession vorliege, durch die mißverständliche Ausdehnung der Bezugnahme des § 306 auf den § 304 entstanden sei. § 306 Abs. 1 habe nur auf die Abs. 2 und 3 des § 304, wie sie sich aus dem Beschluß über die Ausschließung der Liquidation beziehen, verweisen wollen, nicht aber auf die Abs. 4 und 5, denn deren Inhalt sei ohne weiteres für jede Fusion begriffswesentlich,[92] gleichgültig, ob eine Liquidation vorausgehe oder nicht. Daß eine „ungeschickte Fassung“[90] des § 306 Abs. 1 die Ursache der herrschenden Meinung ist, dürfte nicht richtig sein. Denn die Fassung des § 306 scheint sich in der Tat nur auf den Beschluß über den Liquidationsausschluß, also auf die Abs. 2 und 3 des § 304 zu beziehen. Denn § 306 Abs. 1 spricht von dem Liquidationsausschluß und fährt in diesem Zusammenhange fort: „So finden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung“. Aus dem Gesetzestext könnte man also eher die Heymannsche Auffassung herauslesen. Dagegen zeigt die Denkschrift ganz entgegengesetzt den Behauptungen Heymanns, daß sich die Verweisung auch auf die Abs. 4 und 5 des § 304 beziehen sollte, wie der oben zitierte Satz aus der Denkschrift beweist.

Heymann bleibt uns also die Begründung für seine gegenüber der einhelligen Meinung von Praxis und Schrifttum überraschende Behauptung restlos schuldig. Er würde recht haben mit seiner Ansicht, daß die Universalsukzession für jede Fusion, auch die gemäß § 305 begriffswesentlich sei, wenn er die Fusion als korporationsrechtliches Geschäft in dem hier entwickelten Sinne ansähe und wenn feststeht, daß die Regelung im § 305 in gleicher Weise wie in § 306 die körperschaftliche Vereinigung zum Inhalt hat.

[89] a. a. O. S. 225.
[90] a. a. O. S. 226.
[91] Neuerdings Breit a. a. O. S. 365.
[92] Richtig ist allerdings, daß die Universalsukzession bei der Fusion nicht erst durch die jetzige gesetzliche Regelung eingeführt worden ist, vielmehr in der Rechtslehre bereits während der Geltung des A. D. HGB Einigkeit darüber herrschte, daß die Auflösung einer AG durch die Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere AG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge sich vollziehe, was das Gesetz nicht ausdrücklich aussprach (s. Wiener, ZHR Bd. 27, S. 372 ff.; Korff S. 108, Anm. 3 sowie Küfner S. 47 und die dort Anm. 1 Angeführten).

Daß dies der Fall ist, ergibt sich aus Abs. 1, Abs. 3 des § 305, sowie aus der ganzen Entstehungsgeschichte des § 305, dessen einziger Unterschied gegenüber § 306 die vorherige Liquidation ist.

Bekanntlich war im ADHGB nur eine dem § 306 HGB entsprechende Regelung enthalten, während § 305 als Spezialfall des § 306 erst neu geschaffen wurde, ebenso wie die §§ 303 und 304.

Sowohl seiner Entstehungsgeschichte nach als auch begrifflich ist daher § 305 HGB ein Unterfall des § 306 HGB. Einen begrifflichen Unterschied kann das Vorhandensein der Liquidation im § 305 nicht schaffen. „Die Liquidation ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck der Abwicklung der Rechtsbeziehungen der aufgelösten Gesellschaft nach außen und innen."[93] Als Mittel zur Abwicklung gewisser Rechtsbeziehungen nach außen kann sie selbstverständlich auch bei der Fusion vorkommen, ohne deren Begriff zu verändern und ohne insbesondere die Gesamtrechtsnachfolge auszuschließen. Sie kann dabei nicht den Zweck haben, eine Versilberung des Gesellschaftsvermögens und dessen Verteilung an die Aktionäre herbeizuführen. Das Letztere, eine Liquidation nach innen, kommt bei § 305 nicht in Frage, denn ein solcher Erlös ist ja nicht vorhanden. Die Aktionäre werden nur Aktionäre der aufnehmenden A.G., was keine Ausschüttung eines Erlöses in diesem Sinne ist. Auch nach außen findet bei § 305 eine Liquidation nur in beschränktem Umfange statt, da ja der Zweck des § 305 der ist, das Unternehmen als Gesamtheit zu erhalten.[94] Es ist Heymann[95] darin beizustimmen, daß diese Liquidation der Vermögenswerte der aufgenommenen Gesellschaft nur in dem Sinne stattfindet, daß die Schulden der übernommenen Gesellschaft abgedeckt werden, und zwar regelmäßig mit Barmitteln der übernehmenden Gesellschaft. Die in § 305 zugelassene Liquidation ist also eine sehr beschränkte und mit der normalen Liquidation einer A. G. nicht zu vergleichen. Nicht zutreffend stellt Korff die „Eigentümlichkeiten der Liquidation im Falle des § 305"[96] dar, wenn er sagt, daß „an Stelle der Verteilung des Vermögens an die Mitglieder eine Übertragung desselben an die aufnehmende Gesellschaft stattfinde".[97] Denn was an die Mitglieder bei der

[93] RG in JW 1929, S. 2139.

[94] Falsch Ullmann, a. a. O. S. 49, wo er sagt, daß im Falle des § 305 der Liquidator nach Versilberung des Vermögens (!) die Zuteilung der von der Übernehmerin gewählten Aktienrechte an die Aktionäre vorzunehmen hat. Auch das letztere trifft nicht zu. Mit der Eintragung der Kapitalerhöhung sind die Aktienrechte bereits erworben.

[95] Heymann a. a. O. S. 225.

[96] Korff S. 66.

[97] Korff S. 67.

normalen Liquidation verteilt wird, ist nicht das, was im Falle des § 305 im ganzen übertragen wird, sondern der nach Versilberung und Befriedigung der Gläubiger verbleibende Rest.

Eine teilweise Liquidation wird vom Reichsgericht[98] mit Recht sogar in gewisser Weise bei § 306 HGB als möglich angesehen, wenn nämlich eine Gesellschaft in Liquidation später gemäß § 306 im Wege der Fusion aufgenommen wird. Es verlangt das Reichsgericht nur, daß die Liquidation nicht so weit fortgeschritten sein darf, daß eine Versilberung der Masse erfolgt ist, das Vermögen also im wesentlichen nur in Bargeld besteht und das Unternehmen als solches verschwunden ist, hält aber im übrigen die Fusion einer A. G., deren Liquidationsverfahren schon teilweise durchgeführt ist, auch gemäß § 306 für möglich. Der Ausschluß der Liquidation gemäß § 306 sei dann dem Ausschluß der weiteren Durchführung der Liquidation gleichzusetzen.

Wenn aber dann eine Fusion nach § 306 begrifflich nicht ausgeschlossen ist, so kann § 305 von ihr nicht verschieden sein, da, wie gesagt, auch dort die Liquidation nur in beschränktem Sinne verstanden werden kann, denn eine Liquidation in vollem Umfange würde begrifflich sowohl § 303 als auch § 305. die alle den Zweck haben, das Unternehmen zu erhalten, widersprechen.

Die Zulassung einer Liquidation bei der Fusion, wie sie jetzt in § 305 geregelt ist, hatte den Zweck, die übernehmende A. G. vor unangenehmen Überraschungen zu sichern, da sie auf diese Weise vor dem endgültigen Vollzuge der Fusion einen zuverlässigen Überblick über die Schulden der aufgenommenen Gesellschaft erhält, der durch die Bilanz in dieser Weise nicht gewährleistet ist.[99]

Ob allerdings Heymann recht behalten wird, wenn er sagt, daß aus diesem Grunde mit der Annahme der Universalsukzession bei § 305 die Anwendung dieser Regelung in der Praxis erheblich steigen würde,[100] erscheint doch sehr zweifelhaft, da die Parteien kein Interesse daran haben werden, die erforderlichen Barbeträge zur Abdeckung der Verbindlichkeiten der aufgenommenen A. G. aufzubringen.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Zulassung der Liquidation bei § 305 einen begrifflichen Unterschied gegenüber § 306 nicht zur Folge hat. Das Merkmal der Fusion, nämlich das Aufgehen der juristischen Person der „aufgelösten" Gesellschaft in der übernehmenden, was sich in beiden Fällen dahin ausdrückt, daß die Aktionäre der aufgenommenen Gesellschaft in ihrer Ge-

[98] RG in JW 1929, S. 2139.
[99] Vgl. Heymann a. a. O. S. 226 und die dort zit. Entsch. des RG 77, 275.
[100] a. a. O. S. 250 oben.

samtheit zu Aktionären der aufnehmenden werden müssen, ist den Fällen des § 305 und § 306 gemeinsam. Somit ist auch bei § 305 Universalsukzession anzunehmen, denn das Vermögen muß ipso iure dorthin fallen, wohin sein Träger gekommen ist. Für eine Singularsukzession wäre gar kein Raum mehr. Auch bei § 306 ist die Universalsukzession nicht erst Folge der gesetzlichen Regelung des § 306 Abs. 1 i. V. mit § 304 Abs. 5, sondern wie Rechtslehre und Rechtsprechung zur Zeit der Geltung des ADHGB beweisen, eine begriffsnotwendige Folge der Fusion.

§ 8.

Es fragt sich nunmehr, ob und welchen Einfluß auf den bereits festgestellten Fusionsbegriff die oben[1] auseinandergesetzten Unterschiede im wirtschaftlichen Wesen des Zusammenschlusses haben. Kann insbesondere von einem Übergang der juristischen Person der aufgenommenen A. G. im korporationsrechtlichen Sinne gesprochen werden, wenn es sich um eine Aufsaugung, um einen Fall der subordinierenden Fusion handelt? Man kann dagegen einwenden, daß hier von einem im bisher dargelegten Sinne bedeutsamen Zusammenschluß der Aktionärgesamtheiten nicht die Rede sein kann. Die aufnehmende A. G. ist um so vieles stärker, daß eine Veränderung ihrer inneren Struktur, der Grundlage ihrer Willensbildung, gar nicht in Frage kommt. Das psychologische Gemeinschaftsmoment scheidet aus. Die Mitgliederqualität der Aktionäre der aufgenommenen Gesellschaft erleidet eine solche Veränderung, daß die Hergabe der Aktien nur vermögensrechtliche Bedeutung zu haben scheint und die Verleihung der Mitgliedschaft bei der aufnehmenden A. G. demgegenüber fast völlig zurücktritt.

Es läßt sich jedenfalls nicht leugnen, daß, wirtschaftlich gesehen, hier keine Verschmelzung, sondern nur eine Aufsaugung vorliegt, deren Inhalt die Erfassung des gegenständlichen Substrats der A. G., des Unternehmens als solchem ist. Wenn somit auch zuzugeben ist, daß es sich in diesem Falle, vom Standpunkt der aufgenommenen Gesellschaft gesehen, mehr um eine Veräußerung des Vermögens im ganzen handelt, so muß doch auch hier an der Auffassung der Fusion als eines korporationsrechtlichen Geschäfts festgehalten werden. Entscheidend bleibt der Übergang der Aktionäre in ihrer Gesamtheit. Auch ihre Mitgliedschaft verliert ihre Bedeutung nicht. Wenn sie auch geringer wird, so bleibt sie doch

[1] s. § 2, S. 2 ff.

zumindest im Rahmen der dem einzelnen Aktionär zustehenden Befugnisse bestehen.

Jedoch wird das eine zu sagen sein, daß bei der Frage, in welchem Umfange der Übergang der Rechtspersönlichkeit bzw. der an ihr haftenden Rechte und Pflichten erfolgt, diese Verschiedenheiten zwischen Aufsaugung und Verschmelzung zu beachten sein werden.[2]

§ 9.

Auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen soll nunmehr zu einzelnen besonders umstrittenen und auch praktisch bedeutungsvollen Problemen bei der Fusion Stellung genommen werden.

Zunächst sei die nicht nur außerordentlich bestrittene, sondern in ihren Konsequenzen auch bedeutungsvolle Frage[3] behandelt, ob ein Vertrag — in der Regel ein Interessengemeinschaftsvertrag — der eine Fusionsabrede zum Gegenstande hat, also eine bedingte bzw. betagte Fusion, unter die Formvorschrift des § 310 BGB fällt und daher nichtig ist und ob weiterhin der Fusionsvertrag selbst gemäß §311 BGB formbedürftig ist. Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß in diesen Fällen § 310[4] BGB bzw. § 311 BGB[5] Anwendung finde, da diese Bestimmungen in gleicher Weise wie auf natürliche auch auf juristische Personen anzuwenden seien und der Fusionsvertrag eine Verpflichtung der A. G., ihr Vermögen als Ganzes zu übertragen, zum Inhalt habe.

Es soll nun davon abgesehen werden, daß es fraglich ist, ob § 310 nicht schon deswegen keine Anwendung finden kann, weil er sich auf die Veräußerung des künftigen Vermögens schlechthin bezieht, nicht aber auf die Veräußerung des an einem bestimmten Zeitpunkt künftig vorhandenen Vermögens.[6] Eine Fusionsabrede hat aber regelmäßig einen bestimmten Termin festgesetzt, bis zu dem oder an dem die Fusion vollzogen werden soll. „Diese Gesetzesvorschrift (nämlich § 310 BGB) kann für juristische Personen nur dann in Frage kommen, wenn eine solche, obwohl sie bestehen bleibt, ihren ganzen künftigen Vermögenserwerb einer andern Person vertraglich zur Verfügung stellt.“[6]

---

[2] Flechtheim in JW 1927, S. 1065, 1.

[3] Ullmann, JW 1927, S. 630.

[4] Staub-Pinner § 303, Anm. 15; Ullmann in JW 1927, S. 630; RGR-Komm. § 310, Anm. 1.

[5] Lehmann in ZHR 50, S. 40; Staub-Pinner § 303, Anm. 15, § 305, Anm. 8; Ullmann a. a. O. S. 9; Heymann a. a. O. S. 228; RG in JW 1909, S. 509 u. JW 1929, S. 2137. A. M.: Wittmaack, ZHR Bd. 71, S. 107.

[6] Citron in JW 1929, S. 620.

Unzweifelhaft haben die §§ 310, 311 BGB einen Veräußerungsvertrag zum Gegenstande. Nun ist aber der Inhalt der Fusion der Übergang der sozialen Elemente der aufzunehmenden A. G. in die aufnehmende A. G. und deren Folge der Übergang des Vermögens. Schon aus diesem Grunde kann daher eine Anwendung der §§ 310, 311 BGB bei den auf die Fusion bezüglichen Verträgen gar nicht in Frage kommen. Das bedarf für den Fall der hier vertretenen Anschauung keiner weiteren Ausführung. Aber selbst wenn man auf dem bisherigen Standpunkt hinsichtlich des Wesens der Fusion beharren wollte, so wäre auch dann die Anwendung der §§ 310, 311 bei Verträgen, die eine Fusion zum Gegenstande haben, abzulehnen. Zu der Beweisführung, daß die §§ 310, 311 BGB keinen Unterschied machten, ob es sich um das Vermögen einer natürlichen oder juristischen Person handele, ist zu sagen, daß hier der Begriff der juristischen Person eine Überspannung erfährt. Es ist dies einer der Fälle, wo seine schematische Anwendung zu unsinnigen Folgerungen führt, welche auch dann vermieden werden sollen und müssen, wenn man nicht wie Wittmaack[7] auf dem Boden der Fiktionstheorie steht. Es sei deswegen im einzelnen auf die ausgezeichneten Ausführungen Wittmaacks zu dieser Frage hingewiesen, die zutreffend sind, möge man diese oder jene Ansicht vom Begriff der juristischen Person der A. G. haben.

Eine weitere Frage ist, ob bei der Fusion auch Vorratsaktien der aufnehmenden Gesellschaft verwendet werden können, oder ob die zu gewährenden Aktien einheitlich durch eine Kapitalerhöhung zum Zwecke der Fusion neu geschaffen werden müssen. Die herrschende Meinung steht auf dem ersteren Standpunkt.[8] Neuerdings hat sich das Reichsgericht[9] mit dieser Frage wieder eingehend befaßt. Es verneint die Frage, daß „die Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft begriffsnotwendiges und rechtswesentliches Tatbestandsmerkmal der Verschmelzung überhaupt ist.“ Zur Begründung führt es an, daß jedenfalls bei § 303 die Gegenleistung in Vorratsaktien bestehen könne, für § 305/6 sei ausdrücklich das Gegenteil nicht bestimmt, vielmehr sei weiteres besonderes Tatbestandserfordernis nur, daß die Gegenleistung in Aktien der aufnehmenden Gesellschaft bestehe. Bei der Abfassung des HGB habe man die Möglichkeit der Verwendung von Vorrats-

---

[7] Wittmaack, ZHR Bd. 71, S. 107 ff.

[8] KG in OLG 32, 120; Staub-Pinner § 305, Anm. 14; Makower S. 305, Anm. 1; Ullmann S. 42 ff.; Goldschmit Anm. 12, § 305; Müller-Erzbach S. 314; Koenige § 305, Erl. 1, § 306, Erl. 1.

[9] In JW 1929, S. 2134 ff.

aktien nicht ins Auge fassen können, da man diese nicht kannte und auch erst seit der Goldbilanzverordnung gesetzlich anerkenne. Daher sei man von der Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung ausgegangen. Wolle man aber daraus folgern, daß eine Verwendung von Vorratsaktien nicht erlaubt, sondern Kapitalerhöhung notwendig sei, so würde man in das Gesetz ein Formerfordernis hineinlegen, an das nicht gedacht sei und das auch mit der Tendenz des Gesetzes, die Fusion zu erleichtern, im Widerspruch stehen würde.[10]

Der von der Gegenseite[11] angeführte Grund, daß der Zeitpunkt der Fusion, nämlich des Augenblicks der Gesamtnachfolge und des Aufgehens der aufgenommenen Gesellschaft festgelegt sein müsse und daß dies in einer von der Parteiwillkür unabhängigen Weise nur so geschehen könne, daß die Festlegung durch Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses gemäß § 305 Abs. 2 HGB erfolge, greift jedenfalls dann nicht durch, wenn neben der Verwendung von Vorratsaktien eine Kapitalerhöhung erfolgt. Was den weiteren Einwand anlangt, daß das Gesetz in § 305 Abs. 2 von d e r erfolgten Kapitalerhöhung und nicht von e i n e r erfolgten Kapitalerhöhung spreche und daher eine Fusion, bei deren Durchführung Vorratsaktien benutzt würden, contra legem und keine Fusion sei, so muß auf den zweifelhaften Wert solcher grammatisch-sprachlicher Argumente hingewiesen werden. Gegenüber den Darlegungen des Reichsgerichts, daß man seinerzeit an die Verwendung von Vorratsaktien gar nicht gedacht habe und diese daher auch nicht ausgeschlossen habe, dürfte diese Beweisführung nicht durchdringen.

Dagegen ist denjenigen[12] zuzustimmen, die darauf hinweisen, daß es sich bei der teilweisen oder ausschließlichen Hingabe von Vorratsaktien anläßlich der Fusion lediglich um ein einfaches Tausch- bzw. Kaufgeschäft individual-rechtlicher Natur handele. Die A. G. gewähre Aktien im Sinne von Gesellschaftsrechten und im Sinne der Fusion nur dem Zeichner, d. i. dem Ersterwerber bei Gründung bzw. Kapitalerhöhung. Wenn sie dagegen Vorratsaktien

---

[10] a. a. O. S. 2140, 41. In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, daß das Reichsgericht irrt, wenn es in der Begründung behauptet, daß die Fusion „ursprünglich nur für den Fall des Übergangs des Vermögens einer AG auf Staat oder Kommunalverband ins Auge gefaßt war". Ganz abgesehen davon, daß § 304 keine Fusion zum Inhalt hat, ist er auch erst später als § 306, nämlich im HGB von 1897 geschaffen worden, während die entsprechende Regelung des § 306 bereits im A. D. HGB enthalten war.

[11] Heymann a. a. O. S. 230/31.

[12] Fischer a. a. O. S. 417; Brandt § 305, 2c; Brodmann, Aktienrecht, § 306, Anm. 7a; Heymann a. a. O. S. 232.

gebe, gewähre sie nicht Aktien im obigen Sinne, sondern sie zahle mit einem gängigen Werte, die Aktie habe dabei nur die Bedeutung eines Wertpapiers. Das Reichsgericht lehnt diese Ansicht ab,[13] ohne jedoch auf sie einzugehen und sie zu widerlegen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 305/6 HGB an die Möglichkeit, Vorratsaktien zu verwenden, gar nicht gedacht hat; jedenfalls ist eine ganz oder teilweise ohne Kapitalerhöhung, also mit Vorratsaktien durchgeführte Fusion begrifflich nicht denkbar. Da der Inhalt der Fusion der Übergang der Aktionäre der aufgenommenen auf die aufnehmende Gesellschaft ist, so kann die Fusion erst dann vollzogen sein, wenn alle Aktionäre der aufzulösenden Gesellschaft Aktionäre der aufgenommenen geworden sind.[14] Diese Aktionärrechte entstehen bei der Neuschaffung von Aktien, wie sie bei einem Kapitalerhöhungsbeschluß erfolgt, mit diesen, ohne daß eine Ausantwortung der Stücke zu erfolgen braucht. In allen andern Fällen ist die Übertragung des Rechtes an die Übertragung der Aktie gebunden. Dies trifft auch für die Fusion vermittels Vorratsaktien zu.

Es ist aber ausgeschlossen und widerspricht dem Wesen der Fusion als eines einheitlichen Vereinigungsaktes, daß sie von dem Austausch der Aktienurkunden abhängig sein soll. Denn daran kann kein Zweifel sein, daß die Fusion erst dann vollzogen sein kann, wenn auch der letzte Aktionär der aufzunehmenden Gesellschaft Aktionär der aufnehmenden geworden ist. Das ergibt sich schon daraus, daß die Fusion eben die korporative Vereinigung zum Gegenstande hat und sich erst mit deren Vollzug erfüllen kann. Wollte man aber einen anderen Teilakt der Fusion als Fixierungspunkt der erfolgten Fusion wählen, etwa die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses[15] gemäß § 306 i.V. mit § 304 Abs. 5 (was dann auch nur für § 306 zutreffend wäre), so würden, wie Ziegler[16] zutreffend ausführt, in diesem Falle die Aktionäre der aufgenommenen Gesellschaft in der Luft hängen. Sie würden weder ihrer ursprünglichen Gesellschaft zugehören, da diese ja im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Fusion aufgelöst ist noch der aufgenommenen Gesellschaft, da die Kapitalerhöhung bzw. der Umtausch der Aktien bei Verwendung von Vorratsaktien noch nicht vollzogen ist. Bei der Verwendung von Vorratsaktien wäre

---

[13] RG in JW 1929, S. 2139/40.

[14] s. a. Schmitt S. 24 r; Sauerbrey S. 43; Hafner S. 30.

[15] Ziegler a. a. O. S. 67, Zeile 21; Koenige Erl. 2b für den Fall d. F. mit Vorratsaktien.

[16] Ders. a. a. O. S. 67.

die Umwandlung der Aktionärstellung erst dann erfolgt, wenn auch der letzte Aktionär seine Aktie ausgehändigt erhalten hätte bzw. durch ein Verfahren gemäß § 290 HGB mit seiner Aktie aufgeboten und ausgeschlossen worden wäre. Der Ansicht von Ziegler,[17] daß die Fusion ohne Liquidation kraft § 304 Abs. 5 eine Ausnahme von dem Grundsatz mache, daß abgesehen von dem Fall der Neuschaffung von Aktien die Übertragung des Rechts sich an die Übertragung der Aktie knüpfe, kann nicht beigetreten werden. Sie ist schon deswegen nicht denkbar, weil einer solchen dinglichen Wirkung an den einzelnen Stücken der Vorratsaktien die nötige Bestimmtheit fehlen würde nach der Richtung hin, auf welche der aufgenommenenen Aktionäre die einzelnen Aktien übergegangen sein sollten.[18]

Da somit bei Verwendung von Vorratsaktien die Übertragung der einzelnen Stücke notwendig wäre, wäre die Fusion alsdann auch allen Zufälligkeiten ausgesetzt, die darin liegen, daß die Vorratsaktien der aufnehmenden Gesellschaft abhanden kommen können, was unter Umständen ein langwieriges Aufgebotsverfahren oder bei gutgläubigem Erwerb unterschlagener bzw. gestohlener Papiere zu einem Fehlen der zur Fusion notwendigen Anzahl von Aktien führen würde. Diese Überlegung trifft auch dann zu, wenn man Ziegler folgt, denn sie hat auch für den Zeitpunkt einer dinglichen Wirkung der Fusion hinsichtlich der Vorratsaktien ihre Berechtigung.

Die Fusion verlangt ihrem Wesen nach, daß einheitlich für alle Aktionäre unmittelbar ihr Aktionärrecht bei der aufnehmenden Gesellschaft entsteht.[19] Das kann nur durch ausschließliche Kapitalerhöhung zum Zwecke der Fusion geschehen. Diese hat zur Folge, daß mit ihrer Perfektion die Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft zu Aktionären der aufnehmenden werden, und zwar unmittelbar mit absoluter Wirkung. Damit ist die Fusion vollzogen, sie kann es vorher nicht sein, da die korporative Vereinigung ihr Inhalt ist. Sie muß aber auch damit vollzogen werden. Die Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung als der Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens ist somit auch der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Fusion.

Eine weitere zweifelhafte Frage ist die Zulassung von Barzuzahlungen neben der Aktienhergabe seitens der aufnehmenden

[17] Ders. a. a. O. S. 67, Anm. 58.
[18] s. a. Schmitt S. 25, II.
[19] Falsch daher auch Breit a. a. O. S. 366, III, daß es gleichgültig sei, ob bei § 306 die Aktien an die Aktionäre oder an die aufgehende Gesellschaft (sic. !) zur Weitergabe an die Aktionäre gegeben wurden.

Gesellschaft zum Zwecke des Ausgleichs von Differenzen im Umtauschverhältnis der beiderseitigen Aktien. Die Meinung von Rechtslehre und Rechtsprechung hatte mehrfach geschwankt[20] und steht neuerdings wieder überwiegend auf dem Standpunkt,[21] daß solche Barzuzahlungen nicht statthaft sind. Für den hier vertretenen Standpunkt kann auf die Ausführungen von Heymann[22] Bezug genommen werden, denen in vollem Umfange beizustimmen ist. Das Versprechen barer Zuzahlungen seitens der aufnehmenden Gesellschaft wird verbindlich mit der Perfektion der Fusion. Damit aber sind die Versprechensempfänger Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft geworden und eine Auszahlung bzw. ein Zahlungsversprechen wäre schon gemäß § 213 HGB verboten.[23] Auch ist der rechtspolitischen Erwägung zuzustimmen, daß die Ausbedingung barer Zuzahlungen eine Verminderung der Sicherheit der aufnehmenden Gesellschaft bedeutet, die ihrerseits den Gläubigern der aufgenommenen Gesellschaft haftet und daß die aufnehmende Gesellschaft eben wegen dieser Haftung ein Interesse daran hat, daß die früheren Aktionäre der aufgenommenen Gesellschaft in vollem Umfange an dem finanziellen Schicksal der aufnehmenden Gesellschaft interessiert sind und nicht durch teilweise Barauszahlung vorweg gesichert werden.

Schließlich kann dem Argument der Gegenseite, daß eine zwingende praktische Notwendigkeit vorliege,[24] bare Zuzahlungen als erlaubt anzusehen, nicht gefolgt werden. Ein solcher Ausgleich kann, soweit er nicht gemäß § 290 HGB vorgenommen werden kann, durch eine entsprechende Gewinnausschüttung auf Seiten der aufzunehmenden Gesellschaft etwa unter Auflösung von Reserven oder durch Gewährung einer Vorzugsdividende an die Aktionäre der einen oder anderen Gesellschaft für eine gewisse Zeit oder in ähnlicher Weise gefunden werden.[25]

Weiterhin ist noch zu erörtern, ob zu den Rechten, die bei der Fusion auf die aufnehmende A. G. übergehen, auch der Nießbrauch gehört. Im Sinne der herrschenden Ansicht von der Fusion war dies abzulehnen, da die gemäß § 305/6 fusionierte Gesellschaft gleich einer aufgelösten Gesellschaft angesehen wurde und der Nießbrauch damit erloschen ist (§ 1061 BGB).[26] Auf dem Boden der

[20] s. d. Übersicht bei Hachenburg in L. Z. 1911, Sp. 647.
[21] Staub § 306, Anm. 3, § 305, Anm. 3; OLG 22, 32; Ullmann S. 38.
[22] Heymann a. a. O. S. 232 ff.
[23] Im Ergebnis auch Brodmann, ZBH 1927, S. 127/28.
[24] Hachenburg a. a. O.; Fischer a. a. O. S. 417.
[25] Schmalenbach, „Die Technik der Fusionen" in Ztschr. f. handelswissenschaftliche Forschung 1909/10, S. 57—59. Brodmann a. a. O. S. 150.
[26] KGJ 51, S. 262; Staudinger § 1061, 2, S. 870; Blum ZBG 27, S. 323.

hier vertretenen korporationsrechtlichen Auffassung kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Die übergehende Gesellschaft geht nicht unter im Sinne einer Auflösung, sondern sie geht über in die aufnehmende Korporation und in dieser auf. Wie alle andern ihr anhaftenden Rechte auch höchstpersönlicher Art teilt der Nießbrauch dieses Schicksal und geht auf die aufnehmende Gesellschaft über.[27]

Zuletzt soll noch eine der wohl schwierigsten Fragen, die bei der Fusion auftauchen, Behandlung finden, nämlich die Frage, was mit gewissen Rechtsbeziehungen dauernder Natur geschehen soll, die zwischen einer der Fusionsgesellschaften und Dritten bestehen und die entweder persönlicher Art sind, wie Dienstverträge, Aufträge, das bereits besprochene Nießbrauchsrecht, oder deren Inhalt bzw. Umfang nicht fixiert ist, sondern von schwankenden Faktoren abhängt, zu denen insbesondere wirtschaftliche Ausdehnung, Größe und Einrichtung der A. G., die Vertragspartner ist, gehören; also Faktoren, die durch die Fusion eine Veränderung erfahren. Diese letzteren werden als Dauerverträge mit unbestimmtem oder elastischem Inhalt bezeichnet.[28]

Bei den oben bezeichneten Rechtsverhältnissen persönlicher Natur ist zweifelhaft, ob sie überhaupt auf die übernehmende A. G. übergehen.[29] Das Reichsgericht hat sich unter teilweiser Zustimmung der Literatur[30] auf den Standpunkt gestellt, daß „mit der Fusion die Beendigung solcher Rechtsverhältnisse eintritt, die ihrer Natur nach oder kraft positiver Vorschrift (§§ 613, 664 BGB) nicht auf den Erben übergehen." Diese Meinung ist nicht zu billigen. Abgesehen von dem höchst unpraktischen und unbilligen Ergebnis[31] ist sie auch als in Widerspruch mit dem Begriff der Fusion stehend zu bezeichnen. Der Übergang einer A. G. im Wege der Fusion hat mit dem Tode einer natürlichen Person nicht das Geringste gemeinsam. Im übrigen sei auf das unten (S. 43) zu der Frage des Übergangs eines Nießbrauchrechts Gesagte verwiesen.

Was die Dauerverträge mit unbestimmtem Inhalt anlangt, so kann es sich bei dem erheblichen Umfang dieses Problems hier nur darum handeln, zu untersuchen, welche Ergebnisse sich aus der

[27] Kohler a. a. O. S. 310 und überraschenderweise auch Schultze, S 40, der sich im übrigen gegen die korporationsrechtliche Auffassung Kohlers wendet (S. 40, Anm. 6).

[28] Beispiele: Einfache Wettbewerbsvereinbarungen, Kartelle, Verträge über ausschließlichen Geschäftsverkehr, Lizenzverträge, Beteiligungsverhältnisse.

[29] Blume, Fusion und Vertragsuntergang, S. 323ff.

[30] RG in Seuff. Arch. 65, 57; Staub-Pinner § 306, Anm. 14.

[31] Vgl. Blume a. a. O. S. 325/26.

hier vertretenen Ansicht über die Fusion für diese Fragen von der Seite des juristischen (und wirtschaftlichen) Charakters der Fusion für die allgemeine Behandlung dieser Fragen ergeben. Soweit sie jedoch insbesondere in das Vertragsrecht hineinspielen, sei auf die Ausführungen von Flechtheim, Blume und Friedländer[32] hingewiesen, von denen besonders diejenigen Flechtheims die zutreffendste und im Ergebnis billigste Lösung in sich bergen.

Grundsätzlich ist zunächst zu sagen, daß es gleichgültig ist, ob es sich um vertragliche Beziehungen der aufnehmenden oder der aufgenommenen A. G. handelt. Die Ergebnisse müssen in beiden Fällen die gleichen sein, da die bestehen bleibende (aufnehmende) A. G. in die Rechtsbeziehungen der aufgenommenen A. G. vollständig eintritt und diese somit Rechtsbeziehungen des gesamten Unternehmens ebensogut sind, wie die der aufnehmenden A. G. es bleiben.

Weiterhin ist zu betonen, daß grundsätzlich diese Verpflichtungen sich nunmehr auf das Gesamtunternehmen erstrecken und daß zu prüfen ist, inwieweit von diesem Grundsatz Ausnahmen gemacht werden müssen, wenn seine Anwendung zu Unbilligkeiten führt, sei es, daß darin eine ungerechtfertigte Härte für die A. G. oder ein ungerechtfertigter Vorteil für den Dritten liegt.

Von prinzipieller Bedeutung ist dabei der eingangs der Arbeit ausgeführte Unterschied von koordinierenden und subordinierenden Fusionen.

Bei subordinierenden Fusionen wird auch wirtschaftlich kein neues Unternehmen gebildet. Für die Dauerverpflichtungen der aufnehmenden A. G. gilt folgendes: Es tritt lediglich eine Erweiterung des aufnehmenden Unternehmens ein, die wie jede andere Erweiterung keinen Einfluß auf die oben bezeichneten Vertragsverhältnisse hat, denn deren Umfang hat ja eben einen unbestimmten Charakter und trägt insoweit einen sogar als spekulativ anzusehenden Einschlag.

Dagegen gilt für die Vertragsverpflichtungen des aufgenommenen Unternehmens im Falle der subordinierenden Fusion im Gegensatz zu dem oben aufgestellten Grundsatz etwas anderes, wie eben für den Fall der Verpflichtungen der aufnehmenden A. G. gesagt, und zwar das gleiche wie für die koordinierende Fusion schlechthin. Bei der koordinierenden Fusion liegt nicht eine im Rahmen der oben bezeichneten Verträge vorausgesetzte und nur voraussetzbare Entwicklung des einen oder anderen der beiden

[32] Flechtheim, Fusion u. Dauerverpflichtungen, in JW 1927, S. 1060 ff.; Blume a. a. O. S. 326/27; Friedländer, Konzernrecht, S. 93 ff.

Unternehmen vor, sondern diese Entwicklung wird abgeschlossen durch die Bildung eines neuen Gesamtunternehmens, welches seinerseits weder als Entwicklung des einen noch des anderen Unternehmens angesehen werden kann.

Damit ist aber auch schon gesagt, daß in diesen Fällen nicht ohne weiteres die Verpflichtung mit unbestimmtem Inhalt auf das Gesamtunternehmen übergehen kann. Das ist einfach nicht möglich in den Fällen, in welchen derartige Verpflichtungen bei beiden A. G. bestanden, und zwar sich entgegenstehende. In diesem Falle wird man der bestehenbleibenden A. G. ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zubilligen müssen, verbunden mit einer Schadensersatzpflicht, da die A. G. durch die Fusion den bestehenden Zustand freiwillig und vorsätzlich herbeigeführt hat.

In dem andern Falle, der die Regel sein wird, nämlich, daß Dauerverpflichtungen zunächst bei einer der beiden A. G. bestanden, erhebt sich die Frage, welche Begrenzung diese finden sollen, wenn ihre Erstreckung auf das gesamte Unternehmen, wie oben gezeigt, eine unbillige und ungerechtfertigte Erweiterung derselben bedeutet, die insbesondere die an sich vorhandene Entwicklungsfähigkeit derartiger Vertragsbeziehungen sprengt.

Das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen,[33] die sich auf die Beteiligung von Syndikatsaußenseitern, die eine Syndikats-A. G. im Wege der Fusion aufgenommen hatten, beziehen, dahin entschieden, daß die A. G. nicht nunmehr selbst in das Syndikat eintrete, sondern nur mit der Produktion der Werke der aufgenommenen A. G. beteiligt sei. Mit der Fusion sei die Lieferpflicht der aufgenommenen A. G. abschließend bestimmt auf die Produktion aus ihren Fabrikanlagen und gehe in diesem Umfange auf die aufnehmende A. G. über.

Den Bedenken, die besonders von Flechtheim[34] dagegen erhoben worden sind, ist beizustimmen. Das Syndikat kommt in eine unzumutbare Lage, wenn es ein Mitglied hat, das zugleich Außenseiter ist und ihm als solcher Konkurrenz macht. Auch widerspricht der elastische Charakter der Dauerverpflichtungen einer solchen Fixierung.

Diese Fragen sind von Fall zu Fall zu entscheiden, wobei die von Flechtheim[35] dafür aufgestellten Grundsätze zu beachten sind. Flechtheim schlägt vor, daß hinsichtlich der Dauerverpflichtungen der Fusionsgesellschaften gegenüber Dritten eine nach billigem Er-

[33] RG 89, 334; 108, 25.
[34] a. a. O.
[35] a. a. O.

messen zu erfolgende Quotenbeteiligung am Gesamtunternehmen bestimmt wird. Falls sich eine der beiden Parteien einer solchen Festsetzung unbegründeterweise widersetzt, ist dem Gegner ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zu gewähren, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Fusion auf den freiwilligen Entschluß der fusionierenden Gesellschaften beruht. In solchen Fällen, in denen wegen des damit verbundenen engeren Verhältnisses, wie bei Kartellen, eine nur quotenmäßige teilweise Beteiligung nicht möglich ist, tritt auch Flechtheim mit Recht für die Erstreckung dieser Dauerverpflichtungen auf das gesamte Unternehmen ein, dem unter Umständen aber zum Ausgleich von Unbilligkeiten ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zu gewähren ist.

Literaturverzeichnis.

Auerbach: Die Wirkungen einer Fusion nach § 306 HGB. Diss. 1911.

Brandt: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1911.

Breit: Fusion und Aktienrechtsform, in ZHR Bd. 94, S. 356 ff.

Brodmann: Recht und Gewalt. 1921.

— Wann sind bei Fusionen Zuzahlungen wider das Gesetz. In Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH) 1927, S. 124 ff.

— Aktienrecht. 1928.

Burckhard: Zur Lehre von den juristischen Personen. In Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 18. Bd., 1891, S. 1 ff.

Busch: Die Fusion der Aktiengesellschaften. Diss. 1908.

Citron: Zur Form der Verschmelzungsverträge bei Genossenschaften. In JW 1929, S. 620.

Däbritz: Die Fusion von Aktiengesellschaften nach § 306 HGB. Diss. 1908.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 6. Aufl., 1928, I. Bd.

Döge: Fusion von Aktiengesellschaften. Diss. 1908.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs pp. nebst Denkschrift. 1897.

Fick: Die Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht. In Schweizer Zeitfragen 1924.

Fischer: Die Aktiengesellschaft. In Ehrenbergs Handbuch Bd. 3, Abt. 1. 1916.

Flechtheim: Die rechtliche Organisation der Kartelle. 2. Aufl. 1923.

— Fusion und Dauerverpflichtungen. In JW 1927, S. 1060 ff.

Friedländer: Konzernrecht, das Recht der Betriebs- und Unternehmungszusammenfassungen. 1927.

Geiler: Grundsätzliches zur Aktienrechtsform in JW 1927, S. 1069 ff.

— Gesellschaftliche Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts. 2. Auf. 1922.

Gern: Die Fusion von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht. Diss. 1907.

Gierke, Otto v.: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. 1887.

— Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1895.
— Schuldnachfolge und Haftung. In Festschrift d. Berliner Juristischen Fakultät für von Martitz.
Gilbert: Formzwang für Fusionsverträge? In JW 1928, S. 2597 ff.
Goldschmit: Aktienrecht. 1928.
Hachenburg: Sind bei der Fusion zweier AG neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig? In L. Z. 1911, S. 649 ff.
Hafner: Die Fusion im Sinne des § 306 HGB und ihre Wirkungen. Diss.
Heymann: Aktienrechtliche Fusion. In ZHR Bd. 92, S. 217.
Husserl, Gerhard: Rechtssubjekt und Rechtsperson. In Arch. ziv. Praxis. Bd. 127, S. 129 ff.
Junck: Sind bei der Fusion (Verschmelzung) zweier Aktiengesellschaften neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig? In L. Z. 1924, Sp. 489 ff.
Kirchmann: Fusion von Versicherungsunternehmungen. Diss. 1911.
Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 2. Aufl. 1929.
Kohler: Die Fusion der Aktiengesellschaft. Im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 40, S. 309 ff.
Korff: Fusion. Diss. 1909.
Kraemer: Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung nach dem Handelsgesetzbuch. Diss. 1910.
Kramer: Vergleich des Falles, daß eine Aktiengesellschaft das Unternehmen einer anderen Aktiengesellschaft käuflich erwirbt mit dem Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften (§§ 303—306 HGB). Diss. 1913.
Küfner: Fusion einer Aktiengesellschaft. Diss. 1896.
Isay: Rechtsnorm und Entscheidung. 1929.
Junck: Über Umwandlung von Gesellschaften in Iher. Jahrb., Bd. 77, S. 297 ff.
Lehmann: Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen. In ZHR Bd. 50, S. 1 ff.
Löbenstein: Die Fusion der Aktiengesellschaften nach geltendem deutschen Rechte. Diss. 1909.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1906.
Marquardt: Die Fusion nach § 306 HGB. Diss. 1912.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. 1927.
Münster: Einfluß der Fusion auf bestehende Vertragsverhältnisse. Diss. 1911.
Pinner: Fusion von Hypothekenbanken. In Bankarchiv (Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen) 1927, S. 332 ff.
Passow: Die Aktiengesellschaft. Eine wirtschaftswissenschaftliche Studie. 2. Aufl. 1922.
Ring-Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaft. 1929.
Roeckerath: Fusion im Aktienrechte. Diss. 1908.
Rosendorff: Die rechtliche Organisation der Konzerne. 1927.
— Stimmrechtsfragen bei der Fusion. In ZBH 1927, S. 209 ff.

Ruth: Eintritt und Austritt von Mitgliedern. Eine Studie zum Körperschaftsrecht. In ZHR 88, S. 463 ff.
Savaete: Die Fusion von Versicherungsgesellschaften. Diss.
Schönfeld: Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft (Versuch einer juristischen Theorie der Rechtsperson). In Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 333 ff.
— Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 2. Bd. 1929.
Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. 1925.
Schultze: Fusion eingetragener Genossenschaften 1927.
Schmalenbach: Die Technik der Fusionen. In Zeitschr. f. handelswissenschaftliche Forschung. 4. Jahrg. 1909/10.
Schmitt: Fusion ohne Kapitalerhöhung. In ZBH 1927, S. 24 ff.
Sohm: Der Gegenstand. In „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht". 1905.
Sombart: Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus (3. Bd. von „Der moderne Kapitalismus"). 2. Halbbd. „Der Hergang der hochkapitalistischen Wirtschaft. Die Gesamtwirtschaft, 3. Aufl. 1928.
Sommer: Fusion zweier Aktiengesellschaften. Diss. 1910.
Staubs Kommentar zum HGB. 12. u. 13. Aufl. 1926. 2. Bd. (Staub-Pinner).
Staudinger: Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. 3. Bd. 2. Teil. 1926.
Steinbeck: Fusion nach HGB. §§ 305, 306 unter Ausschluß der Versicherungsgesellschaften. Diss. 1911.
Stelzer: Die Einwirkung der Fusion von Versicherungs-Aktiengesellschaften auf bestehende Versicherungs- und Rückversicherungsverträge. In Festgabe für Otto Prange. 1926.
Ullmann: Die Veräußerung des Vermögens einer AG im ganzen (Fusion). 1915.
— Interessengemeinschaft und Fusion. In JW 1927, S. 630 ff.
Vater: Die Fusion unter Ausschließung der Liquidation nach § 306 HGB. Diss. 1910.
Wandschneider: Die Fusion der Aktiengesellschaften nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch, §§ 305, 306 HGB. Diss. 1910.
Wieland: Handelsrecht. I. Bd. 1921.
Wiener: Umwandlung und Fusion von Gesellschaften. In ZHR Bd. 27, S. 333 ff.
Wittmaak: Findet der § 311 BGB auf G. m. b. H. und AG Anwendung? In ZHR Bd. 71, S. 107 ff.
Wustandt: Die Fusion von Aktiengesellschaften. Diss. Würzburg 1918.
Ziegler: Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Rechte. In Holdheims Monatsschrift. 18. Jahrg. 1909. S.
Zollikofer: Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht. Diss. 1916.

Die Schriften

Robert Goldschmidt, „Die sofortige Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften", Berlin 1930

James Breit, „Fusion und Aktienrechtsreform", Fortsetzung im Jahrb. f. d. gesamte Handelsrecht, 95. Bd., 1930, S. 1 ff.

konnten nicht mehr berücksichtigt werden, da zur Zeit ihres Erscheinens die vorliegende Arbeit bereits im Druck befindlich war.

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1. Umfang und Inhalt der Aufgabe 5
§ 2. Bedeutung und Wesen des Zusammenschlusses in wirtschaftlicher Beziehung 5
§ 3. Die Fusion als Unterfall der Veräußerung im ganzen gemäß § 303 HGB, die Frage der Veräußerung bei der Fusion . . 10
§ 4. Die Fusion als korporationsrechtlicher Akt im genossenschaftsrechtlichen Sinne 17
§ 5. Die Genossenschaftstheorie ist bei der Untersuchung über die Fusion der AG zugrunde zu legen 19
§ 6. Die Fusion ist ein korporationsrechtlicher Vereinigungsakt . . 24
§ 7. § 305 HGB und § 306 HGB haben einen einheitlichen Fusionsbegriff zum Gegenstande. Auch bei § 305 HGB findet Universalsukzession statt 32
§ 8. Einfluß des wirtschaftlichen Fusionsbegriffs auf den juristischen 37
§ 9. Einzelfragen bei der Fusion 38

Lebenslauf

Ich, R. P., wurde am 22. September 1905 als Sohn des Regierungslandmessers Franz P. und seiner Frau Louise, geb. Hoffmann, in Breslau geboren. Nach Besuch des Auguste-Victoria-Gymnasiums in Posen, des Matthias-Gymnasiums in Breslau und der Friedrichsschule in Gumbinnen bestand ich an letzterer Ostern 1924 die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1924 bis zum Wintersemester 1926/27 einschließlich studierte ich Rechtswissenschaften an der Breslauer Universität. Am 2. und 3. November 1927 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Breslau.

Rudolf Pander.